Archiv
für die
civilistische Praxis.

IX.

Ueber die Errichtung der Servituten durch Vertrag.

Von Herrn Dr. Eduard Joseph Schmidtlein, Professor der Rechte in Landshut 1).

Gegen die von mir in meiner Inaugural-Abhandlung 2) vertheidigte Ansicht, daß Servituten durch bloßen Vertrag errichtet werden könnten, hat Herr Professor Zimmern eine Abhandlung in diesem Archive 3) bekannt gemacht. Obschon seine Ansicht in der Hauptsache, daß nämlich Servituten durch bloßen Vertrag als dingliche Rechte entstehen können, mit der meinigen übereinstimmt, wie ich weiter un-

1) Ohngefähr vierzehn Tage, nachdem ich die nachfolgende Abhandlung an die Redaction des Archivs für die civilistische Praxis abgesendet hatte, kam mir der Aufsatz des Herrn Dr. Michelsen zur Hand (Archiv f. d. civ. Praxis Bd. VIII. Hft. 3. Nro. XIV.), in welchem derselbe meine Vertheidigung gegen Hrn. Professor Zimmern übernommen hat. Ich bin der Meinung, daß meine Arbeit durch die des Hrn. Dr. Michelsen nicht unnöthig geworden ist, und so lasse ich sie denn hier erscheinen. Ob mit Recht? — darüber mag das gelehrte Publikum entscheiden. Dr. E. J. Schmidtlein.

2) *E. J. Schmidtlein*, J. U. D., de servitutibus per pactum constituendis. Gott. 1823. 8.

3) Archiv für die civilistische Praxis. Band VII. Heft 3. Nro. XVII.

ten darthun werde, und nur in der civilrechtlichen Begründung dieser Theorie abweicht, so habe ich es doch zur Ermittlung der Wahrheit in dieser Sache für zweckmäßig gehalten, meine Gründe, warum ich seiner Ansicht nicht beitreten kann, auseinander zu setzen, und die Gründe, die er gegen meine Ansicht vorgebracht hat, zu widerlegen. Natürlich kömmt bei dieser Erörterung Alles auf die genaue Kenntniß der von mir vertheidigten Ansicht und ihrer Gründe an. Da nun aber Hr. Prof. Zimmern in der gedachten Abhandlung eine Uebersicht derselben nicht gegeben, auch hie und da mich falsch verstanden hat; da ferner meine Dissertation nur in sehr wenigen Exemplaren in den Buchhandel gekommen ist, und Dissertationen überhaupt das Schicksal haben, daß sie weniger gelesen werden, so sehe ich mich in die Nothwendigkeit versetzt, den Inhalt meiner Abhandlung in kurzer Uebersicht hier mitzutheilen. Ehe ich aber dieses thue, muß ich vor Allem den Gegenstand, welcher in ihr erörtert wurde, bestimmt angeben. Servituten können nämlich durch Vertrag auf eine doppelte Weise bestellt werden; entweder so, daß der Eigenthümer sein Eigenthum behält, und eine Servitut an demselben einem Andern constituirt, oder so, daß er sein Eigenthum veräußert, und eine Servitut an demselben sich selbst vorbehält. Ob das Eine oder das Andere geschieht, ist von mannigfachem Einflusse auf die Lehre von der vertragsmäßigen Errichtung der Servituten. Von beiden Fällen soll nur der erste erörtert werden, und über diesen habe ich folgendes gesagt:

Es ist bekannt, daß in den Justinianischen Rechtsbüchern über die Errichtung der Servituten durch Vertrag mehrere Stellen vorkommen, welche sich zu widersprechen scheinen. Während nämlich einige bloßen Vertrag (pactiones et stipulationes) fordern [4], erwähnen andere auch der Tradi-

4) §. 4. J. de Serv. praed. Si quis velit vicino aliquod jus constituere, *pactionibus atque stipulationibus* id efficere

tion [5]). In der Erklärung und Vereinigung dieser Stellen hat man meistentheils gar keine Schwierigkeit gefunden; der Vertrag, hieß es, erzeugt nur eine Obligation, die Servitut zu bestellen, als dingliches Recht entstehet die Servitut erst durch die hinzu kommende Tradition. Dabei fand sich die, von unseren Stellen freilich ganz unabhängige Meinung, daß die Tradition nur bei affirmativen Servituten gefordert sey, nicht aber bei negativen, weil diese gar keine Tradition zuließen, eine Meinung, die auch wieder ihren Gegner hatte [6]), so daß es also zwei Ansichten über die Errichtung der Servituten durch Vertrag gab; die eine, die zur Erwerbung des dinglichen Rechts bei allen Servituten die Tradition forderte, die andere, nur bei den affirmativen. — Abstrahiren wir nun einmal von diesen verschiedenen Ansichten, und überlassen wir uns dem natürlichen Eindrucke, den das Lesen der fraglichen Stellen macht. Es ist dieser gewiß kein

---

debet. — §. 1. J. de Usufructu. Sine testamento si quis velit usumfructum alii constituere, *pactionibus et stipulationibus* id efficere debet. Cf. L. 3. pr. de Usufructu. — L. 25. §. 7. eodem. *Ulpianus* lib. 18. ad Sab.... quotiens jure legati ususfructus sit constitutus.... vel *per stipulationem*. — L. 4. Cod. de Usufructu. (*Alex. Sev.* vom J. 227.)... Nec interest, sive ex testamento, *sive ex voluntario contractu* ususfructus constitutus est. und viele andere Stellen.

5) L. 25. §. 7. de usufr.... quotiens jure legati sit constitutus ususfructus an et si *per traditionem*. — L. 3. si ususfr. pet. (*Julianus* lib. 7. Dig.) Qui *usumfructum traditum* sibi ex causa fideicommissi.... — L. 1. pr. quibus mod. ususfr. amitt. (*Ulpianus* lib. 17. ad Sabinum.).... proinde *traditus* quoque ususfructus. — L. 1. §. 7. de Superf. (*Ulp.* lib. 70. ad Edict.) Sed *et tradi posse* (usumfructum) intelligendum est, ut et legari et donari possit. u. s. w.

6) Heisler Abhandlung und Untersuchung des Satzes, daß die verneinenden Dienstbarkeiten durch bloße Verträge ohne Uebergabe erlangt werden. (In dessen jurist. Abhandlungen. Halle 1783.)

anderer, als der: Durch bloßen Vertrag entstehet das dingliche Recht der Servitut; es kann aber auch durch Tradition eine Servitut errichtet werden. Dieser einfachsten und natürlichsten Ansicht würden wir denn sogleich beipflichten und sagen müssen, sowohl durch bloßen Vertrag, als durch Tradition können Servituten entstehen, wenn nicht zwei Umstände hindernd im Wege stünden: Erstens der, daß es der Natur des Vertrags zuwider ist, daß ein dingliches Recht aus ihm entstehe [7]), und zweitens der, daß das Requisit der Tradition gar keine Bedeutung hätte, wenn der bloße Vertrag schon dasjenige gäbe, was die hinzukommende Tradition geben könnte. Das erste dieser Bedenken läßt sich sehr leicht durch die Bemerkung heben, daß zwar, der Regel nach, Verträge blos Obligationen erzeugen, daß es aber von dieser Regel Ausnahmen gibt. Zu diesen Ausnahmen gehört namentlich der Pfandvertrag. Dieser erzeugt unzweifelhaft das dingliche Recht auch ohne hinzukommende Tradition; was nun in Einem Falle geschieht, das kann auch in einem andern eintreten, die Natur des Vertrags wenigstens stehet nicht hindernd im Wege. So fällt also das erste Bedenken hinweg, und es bleibt nur noch das zweite. Durch dieses wollen wir uns nun einmal nicht dahin bringen lassen, die einfache und natürliche Ansicht aufzugeben, daß sowohl durch bloßen Vertrag, als auch durch hinzukommende Tradition die Servituten als dingliche Rechte constituirt werden können, sondern wir wollen sie festhalten und versuchen, ob dieses Bedenken sich nicht auch beseitigen läßt. Welcher Weg bei diesem Versuche einzuschlagen sey, darüber ist nicht wohl möglich zweifelhaft zu seyn, wenn man daran denkt, welchen Charakter die römische Rechtsbildung in dem langen Laufe ihrer Entwicklung an sich trägt. Nicht sprungweise und gewaltsam ist sie zu Werke gegangen, sondern in

7) L. 20. C. de Pactis. Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. — L. 3. pr. de O. et A.

ruhiger und natürlicher Aufeinanderfolge hat sich ein Rechtssatz aus dem andern entwickelt, hat das Neue sich an das Alte angeschlossen, und dabei zeigt sich noch die zarte Schonung des Hergebrachten und Bestehenden, daß ein neues Rechtsinstitut nicht eifersüchtig das frühere zu verdrängen sucht, sondern daß da, wo es sich nur irgend thun läßt, das alte und neue friedfertig nebeneinander fortbestehen. Wo wir demnach zwei verschiedene Formen Eines Rechtsinstituts finden, da können wir fast immer mit Sicherheit schließen, daß sich hier im Laufe der Zeit eine Aenderung zugetragen habe, und daß also zur Erklärung die Geschichte zu Hülfe genommen werden müsse. Diesem gemäß wird der Weg, den wir zur Lösung unserer Aufgabe einzuschlagen haben, der geschichtliche seyn. Hier ist nun aber sehr zu beklagen, daß unsere Quellen über die Geschichte der Servituten so mangelhaft und dürftig sind, daß ein vollständiger historischer Zusammenhang dieser Lehre aus denselben unmöglich entwickelt werden kann. In dieser Verlegenheit hilft uns die genaue Betrachtung der juristischen Natur der Servituten. Die Servituten sind als jura in re nichts anders, als einzelne Stücke des Eigenthums von der Totalität desselben getrennt und mit selbstständigem Daseyn versehen [8]. Nichts ist nun natürlicher, als zu sagen, das Schicksal, welches das Ganze (das Eigenthum) gehabt hat, müssen auch die einzelnen Theile (die Servituten) empfunden haben, und wenn es gilt, die Geschichte der Servituten darzustellen, so muß sich dieselbe genau an die Geschichte des Eigenthums an-

8) L. 5. §. 9. in f. de op. nov. nunt. Cum quis.... jus suum diminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit. — L. 86. de V. S. Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia. — L. 23. §. 2. de S. P. R. — L. 4. de Usufructu Ususfructus... pars dominii est.

schließen, und diese muß Licht über die erste verbreiten. Daher kurz die Geschichte des Eigenthums [9]).

Im alten Rechte finden sich zwei verschiedene Formen des Eigenthums in ihrer juristischen Natur strenge geschieden, nämlich erstens das alt-römische Eigenthum (ex jure Quiritium) charakterisirt durch eine streng-civilrechtliche Klage, die es gab. Dieses Eigenthum ex jure Quiritium war hinsichtlich seiner Anwendung in sehr enge Gränzen eingeschlossen. Nicht alle Personen waren desselben fähig [10]), nicht alle Sachen konnten in demselben stehen [11]), nicht alle Erwerbungsformen des Eigenthums gaben jedesmal dasselbe [12]). Diese beschränkte Anwendbarkeit des ex jure Quiritium führte zu einer zweiten Form des Eigenthums, zu dem in bonis. Mit diesem hat es folgende Bewandtniß: Das römische Recht unterscheidet sehr scharf diejenigen Rechtsinstitute, welche nach streng römischen Grundsätzen sich gebildet hatten — das jus civile — von denjenigen, die bei andern Völkern gangbar waren — dem jus gentium. — Es ist nun unzweifelhaft, daß es eine Zeit gegeben hat, wo die Institute des jus gentium. wenigstens insofern als ein richterlicher Schutz nöthig wurde, im römischen Staate keine Anerkennung fanden. Um bei dem Eigenthume, welches uns hier allein interessirt, stehen zu bleiben, so läßt sich in Be-

9) Ich fürchte nicht, mich durch die hier gegebene Geschichte des Eigenthums dem Vorwurf auszusetzen, daß ich nur Bekanntes lieferte. Gerade über dieses Bekannte sich zu verständigen, wurde dringend nothwendig, da auf ihm die ganze nachfolgende Deduction ruht. Manches auch, was nicht so allgemein bekannt und angenommen ist, konnte nur in dieser Verbindung deutlich gemacht werden.

10) Nur wer Commercium hatte, konnte das ex jure Quiritium haben, also kein Peregrinus.

11) z. B. nicht das provinciale praedium.

12) Die Tradition einer res mancipi gab nicht das ex jure Quiritium.

ziehung auf dieses die eben ausgesprochene Behauptung vollkommen beweisen. Ganz bestimmt sagt nämlich *Gaius* II. 40. „Sequitur, ut admoneamus, aput peregrinos quidem unum esse dominum ita ut dominus quisque sit, aut dominus non intellegatur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex jure Quiritium unus quisque dominus erat, *aut non intellegebatur dominus.*“ Dieses gänzliche Ignoriren fremder Rechtsbildungen mußte nothwendig dazu führen, daß nicht allein da, wo Unfähigkeit der Person oder Sache den Eintritt des ex jure Quiritium hinderte, gar nichts, dem Eigenthum Aehnliches anerkannt wurde, sondern auch da nicht, wo bei fähiger Person und Sache, nur die mangelnde Erwerbungsform dem ex jure Quiritium hindernd entgegentrat; z. B. wenn ein Haus in Rom einem civis Romanus blos tradirt war; denn es heißt bei Gaius ganz allgemein: aut enim ex jure Quiritium unus quisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. Ein so beschränkter Rechtszustand konnte nicht lange ausreichen; es mußte eine Erweiterung des Begriffs des Eigenthums entstehen, d. h. es mußte dem Eigenthum, wie es, abgesehen von seiner civilen Natur, bei andern Völkern sich findet, also dem jus gentium, eine Wirkung beigelegt werden, namentlich in Beziehung auf richterlichen Schutz, wenn dieser gleich nicht derjenige war und seyn konnte, den das strenge Civilrecht gab. Durch diese beschränkte Anerkennung des jus gentium entstand neben dem Eigenthum ex jure Quiritium der Begriff des in bonis, und dieses in bonis hat nun sein Wesen sehr bestimmt darin, daß es die Negation des streng römischen Eigenthums ist. In diesem negativen Sinne des Worts war der fundus provincialis in bonis, ferner Alles, was ein Peregrinus in Rom besaß, und endlich auch ein, einem civis Romanus blos tradirtes Haus in Rom. Allein die letzte Art des in bonis, d. h. dasjenige, welches bei fähiger Person und Sache blos wegen mangelnder Erwerbungsform ein-

trat (dieß wird gewöhnlich allein in bonis genannt), unterschied sich wesentlich von dem, das wegen mangelnder Fähigkeit der Person oder Sache entstand. Jenes war wegen der Möglichkeit der Usucapion nur ein ganz kurzer Uebergang zu dem ex jure Quiritium [13]), während dieses ein bleibendes Rechtsverhältniß war. In Beziehung auf das in bonis ist auch noch dieses zu bemerken: Nachdem es einmal eine Anerkennung von Seite des jus civile gefunden hatte, mußte es durch dasselbe weiter ausgebildet werden, namentlich mußte bestimmt werden, in welcher Art der Schutz dieses in bonis Statt finden sollte. Hier ist nun nicht wahrscheinlich, daß die Anerkennung des in bonis gleich anfangs so weit gegangen ist, daß es durch eine dingliche Klage geschützt worden wäre. Es erzeugte wohl ursprünglich blos ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Berechtigten und dem Verletzer. Erst nach und nach wurde das in bonis dem Eigenthum dadurch näher gebracht, daß es ein, durch eine dingliche Klage, höchst wahrscheinlich durch die formula petitoria [14]), geschütztes Recht wurde. Nun unterschied es sich praktisch nicht mehr von dem Eigenthum ex jure Quiritium, obschon es theoretisch sehr von demselben verschieden war. — Das Nächste nun, was uns in der Geschichte des Eigenthums interessirt, sind die vertragsmäßigen Erwerbungsformen desselben. Zuerst von den Erwerbungsformen des quiritarischen Eigenthums! Als solche finden wir drei. Die Mancipatio, in jure Cessio und Traditio.

---

13) Diese Anwendung der Usucapion erwähnt Gajus ausdrücklich II. 41.... si tibi rem mancipi neque mancipavero, neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficietur, ex jure Quiritium vero mea permanebit donec tu eam possidendo usucapias.

14) *Gaius* IV. 91. 92. — L. 36. pr. de R. V. L. 23. pr. eod. — Haubold in der Epicrisis zu seiner Ausgabe der Antiquitates Rom. von *Heineccius*.

Das Nebeneinanderstehen dieser drei Erwerbungsformen, im Ganzen mit demselben Erfolg, bedarf einer besondern Erklärung, und diese wird für die nachfolgende Deduction über die Errichtung der Servituten durch Vertrag sehr wichtig. Das Vorhandenseyn der Tradition neben der Mancipation stehet mit der Unterscheidung der Sachen in res mancipi und nec mancipi in Verbindung, und findet in dieser Unterscheidung seine hinreichende Erklärung. Die Mancipation ist die eigenthümliche Erwerbungsform der res mancipi, die Tradition die der res nec mancipi [15]). Es bleibt also nur noch die Concurrenz der in jure Cessio mit der Mancipation zu erklären. Die in jure Cessio ist eben so streng civilrechtlich, wie die Mancipation, und ihre Wirkungen sind außerdem noch genau dieselben [16]). Wenn man nun bedenkt, daß in dem Nebeneinanderstehen der Mancipatio und in jure Cessio ein Reichthum juristischer Formen liegt, der für die Einfachheit der frühesten Zeiten, in welchen es vollkommen genügt, den abstracten Rechtsbegriff in Einem Bilde dargestellt zu haben, unpassend ist, so wird man leicht zu der Ansicht kommen, daß eine dieser Formen später entstanden, und zu der andern hinzugekommen seyn müsse. Soll nun bestimmt werden, welche von diesen beiden Formen die jüngere sey, so kann kein Zweifel darüber obwalten, daß es die in jure Cessio sey; denn die ganze Handlung dieser, auf einer fingirten Vindication beruhend, setzt Richter und Gerichtsgang, und fingirte Anwendung desselben, also eine bei weitem höhere Bildungsstufe voraus, als die Handlung der Mancipation. Auch wird von Gajus und Ulpian der in jure Cessio neben der Mancipation immer so gedacht, daß man sieht, daß sie etwas zur Mancipation

15) *Ulpianus* XIX. 3. 7. *Gaius* II. 19.

16) *Gaius* II. 22.... quod autem valet mancipatio idem valet et in jure cessio.

Hinzugekommenes ist [17]). Nachdem dieser neuere Ursprung, der in jure Cessio nicht bezweifelt werden kann, und auf der andern Seite auch wieder nicht angenommen werden darf, daß diese neue Rechtsform ohne Bedürfniß sich gebildet habe, so ist nun der Ursache nachzuforschen, welche für die Entstehung der in jure Cessio wirksam war. Hier glaube ich nun annehmen zu dürfen, daß die Ursache in nichts Anderem lag, als in der immer mehr zum Bewußtseyn sich entwickelnden Rechtsbildung. Man fing an, die Rechtsformen genauer zu untersuchen, und so bildete sich der rechtliche Begriff der körperlichen und unkörperlichen Sachen, in der Bezeichnung: res quae sunt und res quae intelliguntur; res quae tangi possunt und res quae tangi non possunt [18]), zu dessen Entstehung die Anwendung stoischer Philosophie auf die Rechtswissenschaft vorzüglich wirksam gewesen seyn mag [19]). Die Entstehung dieses Begriffs mußte nothwendig darauf führen, die Anwendung der Mancipation und Tradition bei unkörperlichen Sachen unpassend zu finden; wie sollten sie auch quae tangi non possunt mancipirt (von manu capere) oder tradirt werden können [20])? War nun auf diese Weise die Mancipation und Tradition in der Anwendung auf unkörperliche Sachen hinweggefallen, so mußte für sie eine eigene ihrer juristischen Natur entsprechende Uebertragungsform gebil-

---

17) Ist sie ja doch eine communis alienatio et mancipi rerum et nec mancipi. *Ulpianus* XIX. 9.

18) Tit. Inst. de rebus corpor. et incorp. — L. 1. §. 1. de divisione rerum. — *Cic.* Top. cap. 5.

19) *Ch. Fr. G. Meister* Progr. de philosophia jurisconsultorum Rom. stoica in doctrina de corporibus et eorum partibus. In seinen Opusc. T. I. p. 507.

20) *Gaius* I. 121. Unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur. — *Idem* II. 19. 28. Incorporales res traditionem non recipere manifestum est. Cf. L. 43. de adq. rer. dom. — *Gaius* II. 17. — *Ulpianus* XIX. 11.

det werden, und da nun nichts so auffallend ohne körperliche Behandlung Rechte übertrug, als die richterliche Sentenz, so war es das Natürlichste, diese zum Symbol der Uebertragung unkörperlicher Sachen zu nehmen. Daß dieses der wahre Zusammenhang der Sache sey, läßt sich in vielen Anwendungen beweisen, und so die Behauptung rechtfertigen, daß alle res incorporales im alten Rechte in jure cedirt werden mußten. Die Hereditas als res incorporalis muß in jure cedirt werden [21]; eben so die Tutela legitima [22]; ferner die Patria potestas bei der Adoption [23]; so auch müssen, was ich gleich hier bemerken will, die Servituten durch in jure Cessio errichtet werden [24]. So entstand die in jure Cessio, ursprünglich als eigenthümliche Uebertragungsform der unkörperlichen Sachen. Nachdem sie einmal vorhanden war, war es leicht, sie über die Gränzen ihrer ursprünglichen Bestimmung hinaus anzuwenden, und sie auch als eine Uebertragungsform körperlicher Sachen zu gebrauchen [25]. — Auf diese Weise haben wir für die in jure

---

21) *Gaius* II. 34 — 38. — *Ulpianus* XIX. 11 — 15.

22) *Gaius* I. 168 — 172. — *Ulpianus* XIX. 11. Daher der Name und Begriff eines cessitius tutor.

23) *Gaius* I. 134. und daraus erklärt sich, warum in der Form der Adoption im alten Rechte die beiden Handlungen der mancipatio und in jure cessio verbunden erscheinen.

24) Mit einziger Ausnahme der servitutes praediorum rusticorum. Der Grund dieser Ausnahme kann erst unten angegeben werden. *Gaius* II. 17. 29. Sed jura praediorum urbanorum in jure *tantum* cedi possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt. — *Idem* II. 30. Ususfructus in jure cessionem *tantum* recipit. Cf. *Gaius* II. 32. 33. — *Ulp.* XIX. 11. — Frag. vat. §§. 45. 46. 47. 49. Daher im Justinianeischen Recht der technische Ausdruck: cedere servitutem.

25) Durch diese Bemerkung hebt sich der Einwurf, welcher aus der Form der in jure Cessio, wie sie uns bei Gaius II. 24. beschrieben wird, hergenommen werden könnte, wo der Ausdruck

Cessio eine eigenthümliche Natur und eine besondere Bestimmung gefunden, und dadurch erklärt sich das Nebeneinanderstehen der in jure Cessio und der Mancipatio, beide mit gleicher Wirkung. Hier muß ich mich gegen das Mißverständniß verwahren, als läugnete ich alle Möglichkeit der Mancipatio und Traditio bei unkörperlichen Sachen, namentlich bei Servituten. Daß die Mancipatio bei Einer Art unkörperlicher Sachen, nämlich bei den servitutes praediorum rusticorum vorkommen konnte, ist oben (Note 24.) schon bemerkt; es bleibt also nur noch die Traditio. In Beziehung auf diese behaupte ich weiter: Indem auf die angegebene Weise, nach den Grundsätzen des Civilrechts, die Tradition in der Anwendung auf unkörperliche Sachen verschwand, mußte nach einer freieren Ansicht doch wieder etwas, der Tradition Analoges entstehen, und dieß geschah auch in dem Institut der *Quasitraditio*. Was dieses Analoge der Tradition höchst wahrscheinlich hervorrief, war der beim Eigenthum entstandene prätorische Schutz durch die Publiciana, bedingt durch Tradition, der auch auf unkörperliche Sachen, wenigstens auf Eine Art derselben, nämlich auf die Servituten, angewendet werden wollte. Diese Tradition der Servituten finden wir durchaus im Justinianeischen Rechte, und merkwürdig genug wird sie in manchen Stellen unbedingt ge-

---

vorkömmt: rem tenens. Nachdem nämlich der erweiterte Gebrauch der in jure Cessio eingeführt war, mußte ihre Anwendung bei körperlichen Sachen häufiger seyn, als bey unkörperlichen: denn der erstern sind ja gar viel mehrere; G a j u s, der die in Jure Cessio nur in dieser erweiterten Anwendung kennt, nimmt natürlich bei der Beschreibung derselben Rücksicht auf die h ä u f i g e r e Form ihrer Anwendung. Daß bei einer tutela legitima, servitus, patria potestas u. s. w. ein tenere nicht vorkommen kann, versteht sich ja ohnedies. U l p i a n (XIX. 10.) beschreibt um deswillen auch die Form der in jure Cessio ganz kurz so: In jure cedit dominus, vindicat is cui ceditur, addicit Praetor.

läugnet [26]), während sie in den meisten als unbedingt anwendbar vorausgesetzt wird [27]). Wie dieses geschehen konnte, erklärt sich nach meiner Annahme über die Entstehung und Bedeutung der in jure Cessio sehr leicht. Wer die Natur der Tradition und auf der andern Seite die Natur der unkörperlichen Sachen festhielt, der mußte sagen, es gibt keine Tradition unkörperlicher Sachen; wer hier eine freiere Beurtheilung eintreten ließ, der nahm eine Tradition (Quasitraditio) an. — Um den Gang der Entwicklung nicht zu verwirren, habe ich bisweilen keine Rücksicht genommen auf die, mit der Traditio in genauester Verbindung stehende, Possessio. Jetzt mag ein Blick auf dieselbe an seiner Stelle seyn. Dieselbe Rücksicht, welche bei unkörperlichen Sachen die Tradition ausschloß, mußte bei ihnen auch den Besitz ausschließen, da dieser ebenfalls etwas Körperliches voraussetzt. Daß dieses so sey, beweißt die durch die Lex Scribonia aufgehobene Usucapion der Servituten [28]); es erweisen dieses die vielen Stellen in den Quellen des römischen Rechts, in welchen die Möglichkeit eines Besitzes bei Servituten geläugnet wird [29]). Aber wie für die unkörperlichen Sachen die *Quasitraditio* sich bildete, eben so und in derselben Bedeutung bildete sich für sie die *Quasipossessio* [30]),

26) L. 43. §. 1. de adq. rer. dom. — L. 20. de servit. — L. 3. §. 2. de A. E. V. — *Gaius* II. 19. 28.

27) L. 1. §. 2. de S. P. R. — L. 3. pr. de Usufr. — L. 25. §. 7. eod. — L. 11. §. 1. de Publ. in rem act. — L. 3. si Ususfructus pet.

28) L. 4. §. 29. de Usucap. — L. 14. de Serv.

29) L. 3. pr. de adq. v. am. poss. — L. 4. §. 27. de Usucap. — L. 32. §. 1. de S. P. R. — L. 1. §. 8. Quod legat.

30) L. 3. §. 17. de vi. — L. 23. §. 2. ex quibus caus. majores. — L. 10. pr. si serv. vind. und die vielen Stellen, die von der juris possessio sprechen. L. 7. de itinere. — L. 2. Comm. praed. — L. 2. §. 3. de precario. — L. 10. C. de possess.

durch welche sodann ein Analogon der Usucapion, die longi temporis possessio entstand [31]. Durch diese Annahme über die Entstehung der Quasipossessio erklärt sich unter andern auch, warum die Vindication bei Servituten (actio confessoria) auch gegen denjenigen, der nicht besitzt und

— v. Savigny (das Recht des Besitzes. Ausgabe 3. S. 97. u. 167.) findet den Grund der Verwerfung des Besitzes bei Servituten darin, daß hier kein animus domini möglich sey; und den Grund der Annahme der quasi possessio darin, daß sich bei den Servituten wie bei dem Eigenthum eine bloße Störung der Ausübung denken lasse. Allein die Römer nennen ja das jus servitutis selbst ein dominium. Cf. L. 3. si ususfr. pet. und es muß also auch bei ihm der animus domini denkbar seyn, so daß von dieser Seite die Möglichkeit eines wahren Besitzes bei Servituten nicht wohl hätte bezweifelt werden können.

31) Mit Rücksicht auf die eigenthümliche Natur der in jure Cessio, und durch die Bemerkung, daß eine Art der res incorporales, die Servitutes praediorum rusticorum, ausnahmsweise mancipirt werden konnten, ließ sich vielleicht der Inhalt der so räthselhaften Lex Scribonia genauer angeben. Durch das Hinwegfallen der Mancipatio, Traditio und wahren Possessio, mußte die Usucapion der Servituten von selbst aufhören, einer Lex bedurfte es dazu nicht. Darum heißt es auch in der L. 43. §. 1. de dom.: daß unkörperliche Sachen nicht tradirt und usucapirt werden können, versteht sich von selbst (manifestum est). Bei den Servitutes praed. rust. blieb ausnahmsweise die Mancipation anwendbar, und daher mußte man bei ihnen wohl auch eine wahre Possessio, mithin auch die Usucapio zulassen. Um sie nun hierin den andern Servituten gleichzustellen, ward durch eine besondere Lex die Usucapion derselben aufgehoben. Darum heißt es in der L. 14. de Servitutibus (*Paulus* Lib. 15. ad Sab.) Servitutes praediorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, *et ideo usu non capiuntur.* Für diese Vermuthung ließ sich dann auch noch dieses anführen, daß die Servitutes praed. rust. vorzugsweise *Servitutes* genannt werden. Frag. nat. §. 54. — In einer so ganz dunkeln Sache ist es wohl erlaubt, Vermuthungen aufzustellen.

nicht fictus possessor ist, angestellt werden kann [32]), eine Anomalie, die sich nach meiner Annahme sehr gut rechtfertigt, außerdem aber ein schwer zu lösendes Problem ist [33]). — Dieses über die vertragsmäßigen Erwerbungsformen des quiritarischen Eigenthums. — Was nun das *in bonis* betrifft, so mußten natürlich bei dessen Anerkennung als dingliches Recht auch die Formen der vertragsmäßigen Erwerbung bestimmt werden. Die Mancipatio und in jure Cessio als rein-civilrechtlich waren für ein Institut des jus gentium nicht anwendbar. Die schon vorhandene Traditio bot ein solches Hinderniß nicht dar, und daher wurde sie die regelmäßige Erwerbungsform des in bonis. — Diese zwei Formen des Eigenthums mit ihren vertragsmäßigen Erwerbungsarten standen lange Zeit nebeneinander, bis endlich Justinian die Modificationen, welche durch veränderte Nationalansichten und Ortsverhältnisse sich von selbst eingeführt hatten, gesetzlich anerkannte, das ex jure Quiritium abschaffte [34]) (die Formen seiner Erwerbung waren schon lange verschwunden) und das in bonis, durch Traditio anwendbar, als einziges und volles Eigenthum anerkannte. — Neben dem Rechte des Eigenthums findet sich nun aber sowohl im alten als im neuen Rechte der prätorische Schutz desselben durch die Publiciana in rem actio. Er ist demjenigen verheißen, der bona fide und justo titulo eine fremde Sache tradirt erhalten, und gegen seinen Willen den Besitz verloren hat [35]). Obschon ursprünglich nur für den Nichteigenthümer eingeführt, kann doch auch der Eigenthümer zum Schutze seines Rechts dieses leichteren Mittels sich bedienen. Außer der Publiciana

32) §. 2. J. de Act. — L. 5. §. 6. si ususfr. pet.

33) Dadurch wird denn diese Anomalie ein Bestätigungsmittel für meine Annahme über die Entstehung und ursprüngliche Bedeutung der in jure Cessio.

34) L. un. C. de nudo jure Quirit. toll.

35) L. 1. pr. L. 17. de Publ. in rem act. — §. 4. J. de Act.

findet sich noch ein anderer prätorischer Schutz, nämlich der, durch die utilis Vindicatio. Dieser ist indessen von jenem ganz verschieden. Während jener nämlich nach einer allgemeinen Rechtsregel eintritt, ist dieser nur in einzelnen speciell bestimmten Fällen gestattet, in welchen die Billigkeit einen Schutz fordert, aber weder die Vindicatio noch Publiciana gebraucht werden kann [36].

Diese Geschichte des Eigenthums vorausgesetzt, müßten wir selbst dann, wenn alle positiven Nachrichten fehlen sollten, annehmen, daß sich derselbe Gang der Entwicklung bei den Servituten wiederhole, und zwar um-deswillen, weil die Servituten Theile des Eigenthums sind. Es muß also Servitutes ex jure Quiritium gegeben haben, sodann Servitutes in bonis, und auch der doppelte prätorische Schutz durch utilis Vindicatio und durch Publiciana muß sich bei den Servituten finden, und daß dieses wirklich so sey, läßt sich sogar vollkommen beweisen. Daß es Servitutes ex jure Quiritium gegeben habe, versteht sich von selbst, da ja das ganze Institut der Servituten ursprünglich reincivilrechtlich ist. Es sagen es aber auch ausdrücklich *Gaius* II. §. 29.... „jura praediorum urbanorum in jure tantum cedi possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt. §. 30. Ususfructus in jure cessionem tantum recipit.“ *Ulpianus* XIX. 11. „In jure cedi etiam res incorporales possunt, velut ususfructus....“ *Fragm. Vatic.* §. 47.: „Per mancipationem deduci ususfructus potest non etiam transferri. Per „do lego“ legatum et per in jure cessionem et deduci et dari potest [37])“ und viele andere.

36) Fälle eines solchen Schutzes durch utilis Rei Vindicatio finden sich unter andern in L. 55. de Don. inter. vir. et uxor. — L. 3. §. 3. de op. novi nunt. — L. 9. C. de hered. vel act. vend. — L. 73. §. 1. L. 74. — L. 75. de R. V.

37) So muß nämlich in dieser Stelle gelesen werden, und nicht wie es in der Ausgabe von Mai heißt: Per mancipationem deduci

Stellen, in denen allen die Erwerbungsform zur Bezeichnung der Natur des Rechts, welches durch sie erworben wird, dient. — Daß es Servitutes in bonis in dem allgemeinen negativen Sinne des Worts gegeben habe, läßt sich durch *Gaius* II. 31. beweisen. Nachdem er in den §§. 28 — 30. bemerkt hat, daß unkörperliche Sachen nicht mancipirt und tradirt werden könnten, darum Servituten, wenn sie durch Vertrag errichtet werden wollten, durch in jure Cessio constituirt werden müßten, mit einziger Ausnahme der Servitutes praediorum rusticorum, die auch mancipirt werden könnten, fährt er im §. 31. fort:

> „Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in jure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive jus eundi.... ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt."

Gajus unterscheidet also hier die Italica praedia vom provinciale praedium, und sagt, die Servituten können so, wie sie am Italicum praedium vorkommen, am fundus provincialis nicht vorkommen. Um dieses zu erklären, gebraucht er die Analogie des Eigenthums und sagt: Dieß hat seinen natürlichen Grund darin, weil auch das Eigenthum nicht so am provinciale praedium vorkommen kann, wie am Italicum praedium; an dem Italicum praedium findet das quiritarische Eigenthum Statt, — dieß drückt Gajus so aus: „Italica praedia mancipationem et in jure cessionem recipiunt" — an dem provinciale praedium nicht — dieß drückt er so aus: „Ne ipsa quidem praedia

usus fructus potest: non etiam transferri per „do lego" legatum. Ei per in jure cessionem et deduci et dari potest. Vgl. meine Dissertation p. 69. Note 7.

(i. e. provincialia) mancipationem aut in jure cessionem recipiunt" — und mit dieser Negation des Eigenthums ex jure Quiritium, bezeichnet er, daß das am provinciale praedium Statt findende Eigenthumsrecht das in bonis sey. Nun ist der natürliche weitere Gedankengang der: dasselbe, was sich bei dem Eigenthum findet, findet sich auch bei den Servituten. An dem Italicum praedium findet die Servitus ex jure Quiritium Statt, an dem provinciale praedium nicht also die Servitus in bonis, und wie beim Eigenthum bezeichnet Gajus auch bei den Servituten den Unterschied des Rechts durch den Unterschied der Formen, durch welche er erworben wird. — Dasselbe, was Gajus in der angeführten Stelle ausspricht, enthält auch eine Constitution Alexander Severs [die L. 3. Cod. de serv. et aqua. (3. 34.)] vom Jahr 224:

»Et in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes possunt: si ea praecesserint, quae servitutes constituunt: tueri enim placita inter contrahentes debent...."

Zwar konnte zur Zeit der Justinianeischen Compilation diese Stelle nicht mehr von dem in bonis zu verstehen seyn, gewiß aber war sie es zur Zeit ihrer Entstehung. — So ist es denn also kein Zweifel, daß es Servitutes in bonis gegeben habe, und zwar schon zu Gajus Zeit. — Nun sind wie beim Eigenthum die Formen der vertragsmäßigen Erwerbung der Servituten zu betrachten. Für die Servituten als unkörperliche Sachen ist die in jure Cessio die eigenthümliche Erwerbungsform 38). Ausnahmsweise findet sich auch die Mancipatio bei den Servitutes praediorum rusticorum. Die in jure Cessio findet nun überall da, wo Eigenthum und Servitut ex jure Quiritium möglich ist, unbedingt ihre Anwendung; streng-civilrechtlich aber, wie sie ist, nicht bei dem in bonis. Darum mußte nothwendig bei dem Entstehen

38) S. Note 24.

der Servitutes in bonis für die Constituirung derselben eine besondere Form gebildet werden. Einfacher und natürlicher ließ sich die nicht finden, als wenn man von der allgemeinen Form der Uebertragung unkörperlicher Sachen die civilrechtlichen Bestandtheile, welche ihre Anwendung bei dem in bonis hinderten, hinwegnahm. That man aber dieß, so blieb der bloße Vertrag [39]), und dieser ist denn auch die Erwerbungsform der Servituten in bonis geworden, nach derselben Analogie, nach welcher die Tradition, die der Mancipation als materielle Grundlage unterliegt, die Erwerbungsform des Eigenthums in bonis geworden ist. Daß dieses wirklich so sey, ist von Gajus in der angeführten Stelle (II. 31.) bestimmt ausgesprochen; denn die jura am praedium provinciale, die nach dem Obigen jura in bonis sind, läßt er errichten pactionibus et stipulationibus, und in demselben Sinne rescribirt Alexander Sever in der angeführten Constitution: »tueri enim *placita* inter contrahentes debent.« — Somit haben wir also völlig correspondirend mit dem Eigenthume:

1) eine Servitus ex jure Quiritium;
2) eine Servitus in bonis.
Jene errichtet durch in jure Cessio —
Diese durch bloßen Vertrag.

Der Parallelismus zwischen der Geschichte des Eigenthums und der Servituten gehet aber noch weiter. Außer den beiden Formen des Eigenthums gibt es auch einen doppelten prätorischen Schutz desselben. Dieser findet sich eben so auch bei den Servituten, nämlich der Schutz durch utilis Vindicatio (hier actio confessoria) und der durch die Publiciana in rem actio. Letzter tritt für die Servituten

39) Hier mag diese Behauptung einstweilen ohne weiteren Beweis angenommen werden. Die Beweisführung für die Wahrheit derselben findet passender unten, wo die Einwürfe des Hrn. P. Zimmern geprüft und widerlegt werden sollen, ihre Stelle.

unter denselben allgemeinen Bedingungen ein, wie beim Eigenthum [40], erster nur in einzelnen bestimmten Fällen, so z. B. kann auf einer Superficies keine Servitut errichtet werden. Indessen durch actio utilis schützt der Prätor eine auf einer Superficies errichtete Servitut [41]. Dasselbe tritt ein beim fundus vectigalis [42], eben so bei der ex causa fideicommissi [43], und durch diuturnus usus [44] errichteten Servitut und so in vielen andern Fällen, wo nach dem Rechte der Servitut keine Servitus zulässig war, die Bil-

40) Da Servituten nicht usucapirt werden können, sollte man glauben, daß bei ihnen auch die Publiciana nicht anwendbar sey; denn sie ist ja eine fictio peractae usucapionis, und darum heißt es von ihr in der L. 9. §. 5. de Publ. „Haec actio in his, quae usucapi non possunt...: locum non habet.“ Allein das Wort *usucapere* in dieser Stelle ist nicht in seiner civilistischen Bedeutung zu nehmen, sondern in der allgemeinen des Erwerbes von Rechten durch Zeitablauf. Wo demnach das Analogon der Usucapion, die l. t. possessio sich findet, da findet auch die Publiciana Statt. Vrgl. L. 12. §. 2. de Public. — Für die Servituten ist dieser Satz noch unmittelbar ausgesprochen in der L. 11. §. 1. Eod. (*Ulp.* lib. 16. ad Edict.) Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Ebenso in der L. 1. §. 2. de S. P. R. (*Ulp.* lib. 2. Inst.) Traditio plane et patientia inducet officium Praetoris.

41) L. 3. §. 3. de Op. novi nunt. — L. 1. pr Quib. m. ususfr. amitt. — L. 1. §. 6. de Superf. — L. 1. §. 9. Eodem. Servitutes quoque Praetorio jure constituentur, et ipsae ad exemplum earum, quae ipso jure constitutae sunt, utilibus actionibus petentur. In meiner Dissertation (p. 86. u. 87.) habe ich diese Stelle als Beweis für den prätorischen Schutz der Servituten durch die Publiciana gebraucht; als solchen gebe ich sie hiemit auf.

42) L. 1. pr. Q. m. ususfr. amitt. — L. 16. de Servit.

43) L. 4. L. 29. §. 2. Q. m. ususfr. amitt. — L. 3. si ususfr. pet. — L. 29. de Usu legato.

44) L. 10. pr. Si servitus vind. — L. 1. C. de Serv. et aqua. — L. 1. §. ult. L. 2. de aqua et aquae pluv.

ligkeit aber doch ihre Anerkennung forderte [45]). — Die durch actio utilis geschützte prätorische Servitut heißt die servitutis possessio, und ihr stehet dann das eigentliche Recht der Servitut als dominium servitutis entgegen [46]); die durch die Publiciana geschützte, die servitutis bonae fidei possessio, und beide, obschon in ihrer rechtlichen Natur durchaus verschieden, werden, als tuitione Praetoris constituta servitus, der nach Civilrecht errichteten, der jure constituta servitus entgegengesetzt [47]).

---

45) Auch der Pfandberechtigte hat dies actio utilis zur Schützung der Servitut. L. 16. de servit. Vrgl. ferner: L. 31 de S. P. U. — L. 10. si serv. vind. — L. 1. §. 2. L. 51. §. 1. de itinere actuque priv.

46) L. 3. si ususfr. pet. „Qui usumfructum traditum sibi ex causa fideicommissi desiit in usu habere tanto tempore, quanto si legitime ejus factus esset, amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debet; est enim absurdum plus juris habere eos, *qui possessionem duntaxat ususfructus non etiam dominium adepti sunt.*" — L. 4. L. 29. §. 2. Quib. m. ususfr. amitt. L. 29. de usu legato.

47) L. 9. §. 1. Usufruct. quemadm. caveat. Illud sciendum est, sive *jure ipso* quis usumfructum habet, sive etiam per *tuitionem Praetoris*. — L. 11. De Usufr. earum rerum quae usu cons. — L. 3. si ususfr. pet. — L. 4. §. 2. De serv. — L. 2. Comm. praed. — Den doppelten prätorischen Schutz durch Publiciana und utilis actio unterscheidet am Besten die L. 1. pr. Quib. m. ususfr. amitt. (*Ulp.* lib. 17. ad Sab.) Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu. Et parvi refert utrum jure sit constitutus ususfructus an vero tuitione Praetoris. (Nun werden die zwei Arten des tuitione Praetoris constituirten Ususfructus angegeben.) Proinde traditus quoque ususfructus, (das ist der Schutz durch die Publiciana; und daß Ulpian diesen hier meine, oder mit andern Worten den traditus ususfructus auf den tuitione praetoris constitutus beziehe, gebet aus dem Zusatz „quoque" hervor.) item in fundo vectigali vel superficie, non jure constitu-

Betrachten wir nun nach dieser Darstellung das Justinianeische Recht über die Errichtung der Servituten. Wir gehen wieder aus vom Eigenthum. Das Eigenthum ex jure Quiritium, die Mancipatio und in jure Cessio waren verschwunden; das in bonis und die Traditio waren an ihre Stellen getreten. Der prätorische Schutz durch utilis Vindicatio und Publiciana war geblieben. Dieser Zustand bestimmte auch das Schicksal der Servituten. Es gab nun keine Servitus ex jure Quiritium mehr, sondern nur solche, die früher in bonis hießen (das ist die jure constituta servitus des Justinianeischen Rechts), und wie für sie der Vertrag, die Einrichtungsform, war, als sie noch in bonis hießen, so blieb er es auch jetzt. Der doppelte Schutz des Prätors war auch hier, wie beim Eigenthum, unverändert geblieben; für die actio confessoria utilis waren die einzelnen Fälle bestimmt, für die Publiciana war die Tradition die allgemeine Bedingung, unter der sie sowohl vom bonae fidei possessor, als auch von dem wirklich Berechtigten gebraucht werden konnte [48]). — Nach dieser Ent-

---

tus (das ist der andere prätorische Schutz durch utilis actio) capitis minutione amittitur. — Cf. Frag. Vat. §. 61.

48) Bei dieser Ansicht, die sich beinahe wörtlich so wie hier in meiner Dissertation findet (p. 103.), ist es schwer zu begreifen, wie Hr. v. Zimmern mir den Vorwurf machen konnte (Note 37.), ich dächte bei allen Stellen, die von der prätorisch geschützten Servitut sprächen, an den bestellenden non dominus, weshalb er mir denn auch nicht erlauben will, daß ich die L. 25. §. 7. De usufructu, für meine Ansicht, daß Servituten durch bloßen Vertrag errichtet werden könnten, gebrauche. In dieser Stelle kömmt nämlich der Ausdruck vor: ... „Quotiens jure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem *vel* stipulationem vel alium quemcunque modum." — Diese Gleichstellung der Stipulation mit der Tradition für die Errichtung des Rechts, habe ich für einen Beweis genommen, daß die bloße Stipulation eben so das dingliche Recht gebe, wie die Traditio (S. 110), Hr. v. Zimmern bezüch-

wickelung wird es nun keine Schwierigkeit mehr haben, zu bestimmen, wie die Stellen des Justinianeischen Rechts zu erklären und zu vereinigen sind, welche auf der einen Seite sagen: pactionibus et stipulationibus werden die Servituten vertragsmäßig errichtet, und doch auch wieder die Tradition fordern. Pactionibus et stipulationibus wird das Recht der Servitut erworben — die jure constituto servitus — der Tradition bedarf es nicht, diese ist nur da nöthig, wo auch der prätorische Schutz durch die Publiciana in Anspruch genommen werden will — die tuitione Praetoris constituta servitus. Der Schutz durch utilis vindicatio folgt seinen speciell bestimmten gesetzlichen Regeln. So erklärt sich, was das Requisit der Tradition neben dem Vertrage, der an und für sich schon das dingliche Recht gibt, für eine Bedeutung habe, und auf diese Weise ergibt sich die einfache und natürliche Erklärungsweise der scheinbar widersprechenden Stellen, daß nämlich sowohl durch Vertrag als auch durch Tradition Servituten errichtet werden können, als die richtige, und sie findet außer dem Bisherigen ihre

---

tigt mich dabei einer Inconsequenz, und sagt: nach meinen Prämissen bewirke ja die Tradition nicht das Recht, sondern nur die bonae fidei possessio (S. 328. Note 55.), und ich könnte mich also auf diese Stelle nicht berufen. Aber wo in aller Welt habe ich denn gesagt, daß die Traditio nur bonae fidei possessio bewirke? Gerade das Gegentheil habe ich ja gesagt: nämlich, wenn der Constituent non dominus ist, da erhält der Empfänger freilich durch die Tradition blos die b. f. possessio, und nicht das Recht. Aber wenn er Eigenthümer ist, so erhält der Empfänger durch den Vertrag das Recht, und zu diesem durch die Tradition die b. f. possessio, oder richtiger zu sprechen die Bedingung der Publiciana, noch hinzu. Darum ist es durchaus nicht nothwendig, alle Stellen des Justinianeischen Rechts, welche von der Tradition bei Servituten sprechen, in dem Sinne zu nehmen, daß in ihnen immer nur von einer servitutis b. f. possessio, nicht aber auch von dem jus servitutis die Rede wäre.

letzte Bestätigung darin, daß in allen Stellen der Tradition für die Errichtung der Servituten in der Art gedacht ist, daß man sieht, sie ist nicht an und für sich nothwendig, sondern muß nur zu einem besondern Zwecke zum Vertrage hinzukommen [49].

Diese Ansicht ist es, welche ich in meiner Inaugural-Abhandlung ausgeführt habe, und welche Hr. P. Zimmern in der oben erwähnten Abhandlung bekämpft. Er thut dieß mit folgenden Gründen:

Es ist auf den ersten Blick klar, daß die hier vertheidigte Ansicht ihre Hauptstütze in der Behauptung habe, daß die in jure Cessio ihrer civilen Form entkleidet, den Vertrag darstelle, wie die Mancipation die Traditio. Daher sucht denn Hr. P. Z. vor Allem diesen Satz umzustoßen und zu beweisen, daß in der in jure Cessio eben so eine Tradition enthalten sey, wie in der Mancipation. Die Unhaltbarkeit dieser Behauptung läßt sich indessen, meiner Ueberzeugung nach, auf das Bündigste darstellen. — Wenn behauptet wird, daß in der in jure Cessio eine Tradition enthalten sey, so kann dieß einen doppelten Sinn haben. Es kann entweder heißen: die in jure Cessio involvirt jedesmal eine Tradition, d. h. jeder, der in jure cedirt, tradirt auch, oder es kann heißen: die Tradition ist dasjenige, was der civilrechtlichen Handlung der in jure Cessio als materielle Grundlage unterliegt, aber die letzte involvirt noch nicht die

---

49) S. Note 5 und 40. Ich habe noch in meiner Dissertation die Richtigkeit dieser Theorie in vielen Anwendungen dargethan, die sich in Stellen der Pandekten finden (p. 105. seq.), zu denen sich viele andere hinzufügen ließen, und auch mehrere Stellen erklärt, die dieser Theorie zu widersprechen scheinen (p. 110. seq.). Der Kürze wegen lasse ich aber dieß hier hinweg, und verweise nur auf meine Inaugural-Abhandlung.

erste. So viel ist nun gewiß, mag das Eine oder das Andere behauptet werden, wenn Eines von Beiden bewiesen wird, so ist meine Behauptung, daß die in jure Cessio ihrer civilen Bestandtheile entkleidet, den Vertrag darstelle, über den Haufen geworfen. Hr. P. Z. behauptet das Erste, und sagt, in der in jure Cessio sey eine statt vor Privatzeugen vor Gericht veranstaltete Tradition enthalten (S. 319.); daß dieses so sey, sucht er vorzüglich durch die Parallelisirung der in jure Cessio mit der Mancipation zu beweisen. Aber gerade diese Parallelisirung beweißt das Gegentheil. Nicht einmal in der *Mancipatio*, die doch ohne allen Zweifel die Tradition zur materiellen Grundlage [50]) hat, ist eine Tradition in diesem Sinne enthalten. Wer mancipirt, der tradirt um deswillen noch nicht [51]), und daß dieses der Fall sey, gehet aus Folgendem unläugbar hervor [52]): Der quiritarische Eigenthümer eines Hauses, welcher dessen Besitz verloren hat, konnte es darum nicht weniger einem Dritten mancipiren, und dann war ja doch eine Tradition sogar unmöglich;

---

50) Die Römer sagen ja selbst von ihr, daß sie *nexu traditio* sey. *Cicero* Top. Cap. 5. *Festus* sub voce Nexum.

51) Natürlich konnte mit der Mancipation die Tradition verbunden werden, und bei den beweglichen Sachen war dieses immer der Fall, indem sie nur in praesentia mancipirt werden konnten. (*Gaius* I. 121. *Ulp.* XIX. 6.) Aber dann war es nicht die Mancipatio, die den Besitz übertrug, sondern die mit ihr verbundene Tradition.

52) In meiner Dissertation habe ich abweichend von dieser Behauptung angenommen, daß die Mancipation eine Tradition involvirt habe; natürlich aber dort wie hier bei der in jure Cessio dieses geläugnet. Die richtigere Ansicht, daß auch in der Mancipation keine Tradition in diesem Sinne enthalten war, und die beweisenden Gründe für diese Ansicht sind eine Mittheilung Savigny's, dem ich so Vieles verdanke, daß es unpassend wäre, wenn ich ihm für diese Mittheilung noch besonders danken wollte.

sie kann also auch da, wo sie möglich war, in jenen Handlungen nicht gelegen haben. Nun könnte man freilich sagen: dieß beweißt nichts; denn wer nicht tradiren kann, der bewirkt durch die Mancipation freilich keine Tradition, aber wer es kann und mancipirt, der tradirt auch. Aber daß auch dieses falsch sey, beweißt die Form der Donatio im alten Rechte, wo zur Mancipation die Tradition noch besonders hinzukommen muß [53]). Wenn nun nicht einmal die Mancipation eine Tradition involvirt, wie sollte die in jure Cessio dazu kommen, eine Tradition zu enthalten? — Was Hr. P. Z. ferner noch vorbringt, um seine Behauptung zu rechtfertigen, beweißt eben so wenig. Er sagt: dem Verfahren in jure müsse doch ein gegenseitiger Entschluß (Vertrag) vorangehen, und das Verfahren selbst enthalte also nur die Realisation des auf Ueberlassung des dinglichen Rechts gerichteten Willens; es könne mithin dieses Verfahren nicht wieder einen Vertrag darstellen, sondern müsse eine Tradition seyn. Consequent ist wenigstens Hr. P. Z. in dieser Behauptung; denn da er, wie wir weiter unten sehen werden, die auf die pactio folgende stipulatio zu einer Tradition macht, so muß er wohl auch in der, auf einen Vertrag folgenden in jure Cessio eine Tradition finden; allein so wenig in jenem Falle das, was auf den Vertrag folgt, eine Tradition ist, so wenig ist es in diesem der Fall. Und warum soll denn auch jeder in jure Cessio ein Vertrag vorhergehen müssen? Ist dieses doch weder bei der Mancipation noch bei der Tradition der Fall. Wenn ferner Hr. P. Z. behauptet, auf jeden Fall erhalte derjenige, welchem in jure cedirt worden, die vorher nicht besessene Sache in Besitz und trage sie, wenn er könne, mit sich fort; so ist bei dieser

53) Frag. vet. §. 313. Donatio praedii quod mancipi est inter non exceptas personas traditione atque mancipatione perficitur; ejus vera, quod nec mancipi est, traditione sola. Cf. §. 311. Eod.

Behauptung nur gegen die Ausdehnung auf alle Fälle, wo in jure cedirt wird, Etwas zu erinnern. Die Fälle, in welchen gar kein Besitz und daher auch keine Tradition möglich ist, z. B. wenn eine hereditas, eine tutela legitima u. s. w. in jure cedirt wird, hat Hr. P. Z. wohl selbst stillschweigend ausgenommen. Aber auch da, wo Besitzübertragung möglich war, trat sie nicht in jedem Falle ein. Natürlich konnte, wie mit der Mancipatio, so auch mit der in jure Cessio, die Tradition verbunden werden. Wenn dieß geschah, dann trat freilich ein, was Hr. P. Z. behauptet, aber nicht als Folge der in jure Cessio, sondern als Folge der noch besonders hinzugekommenen Traditio. — Die Behauptung, daß die in jure Cessio eine Tradition in sich enthalte in diesem Sinne, muß also ohne Zweifel aufgegeben werden. — Nehmen wir sie nun aber auch in dem andern, nach welchem die Tradition nur die materielle Grundlage der in jure Cessio ausmacht. Daß auch in diesem Sinne die in jure Cessio keine Tradition enthalten könne, ist eben so unzweifelhaft. Nach demjenigen, was oben über die Entstehung und Bedeutung der in jure Cessio ausgeführt worden ist, ist sie als Surrogat für die bei unkörperlichen Sachen unanwendbare Mancipation eingeführt worden. Ist sie aber dieses, so kann ihr niemals eine Tradition zu Grunde liegen, selbst in ihrer erweiterten Anwendung nicht, weil sie ihre Natur immer aus ihrer ursprünglichen Bestimmung herleitet und herleiten muß [54]). — Auf diese Weise

54) Dieß habe ich auch in meiner Abhandlung (pag. 92. Note 32.) behauptet, und Hr. P. Zimmern hat mich daher falsch verstanden, wenn er Note 28. sagt, ich wollte die in der in jure Cessio enthaltene Tradition darum läugnen, weil von jeher auch res incorporales in jure cedirt werden könnten. Nicht darum glaube ich, die Tradition in der in jure Cessio läugnen zu müssen, sondern darum, weil res incorporales in jure cedirt werden mußten, und dieses zwar um deswillen, weil die in jure Cessio sich als besondere Uebertragungsform für die res

wird der erste und wichtigste Einwurf des Hrn. P. Z. beseitigt seyn. Ehe ich mich zu einem andern wende, kann ich die Bemerkung nicht unterdrücken, daß doch Schriftsteller, denen es um die Ermittelung der Wahrheit in der Sache zu thun ist, vermeiden möchten, eine einfache und natürliche Art der Darstellung, die vielleicht von ihrer Art zu denken und zu sprechen abweicht, lächerlich zu machen. Am wenigsten aber sollten sie es denn thun, wenn sie selbst diese Art der Darstellung gebrauchen. Denn was soll man dazu sagen, wenn Hr. P. Zimmern über meine Ansicht, Vertrag liege der in jure Cessio unter, sagt (S. 318.): ich glaubte geradezu, in der in jure Cessio sey der Vertrag eingeschachtelt, welcher Kern geblieben, nachdem die symbolische Hülle abgestreift worden sey; kaum wage man es, in dieses poetische Helldunkel das Licht nüchterner Prosa zu tragen u. s. w., und dann fünf Zeilen weiter unten behauptet, die Tradition sey in der in jure Cessio enthalten. Ist es überhaupt unpassend, oder wie Hr. P. Z. sagt, poetisch, einen naturalen Bestandtheil der in jure Cessio aufzusuchen, warum sucht er denn selbst einen solchen? Und wenn er als solchen die Tradition findet, sollte dieß weniger poetisch seyn? Sollte die Tradition nicht eben so in der in jure Cessio eingeschachtelt seyn, wie der Vertrag? — Hier ließe sich doch wohl auch ein Ausrufungszeichen anbringen, mit denen Hr. P. Z. gar so freigebig ist. — Doch dieß nur im Vorbeigehen. —

Ein zweiter Grund, welchen Hr. P. Z. gegen meine Ansicht vorbringt, ist der (S. 318. und 319.): Man begreife nicht, warum, wenn Vertrag, als natürlicher Bestandtheil der in jure Cessio, die Servituten constituiren solle, nicht

---

incorporales gebildet hat, für welche man die Tradition als unanwendbar betrachtete. Was aber als Surrogat für etwas Unanwendbares gebildet worden ist, das kann auch dieses Unanwendbare selbst unmöglich wieder zur Grundlage haben.

wenigstens bei den servitutes praediorum rusticorum, die durch Mancipation hätten entstehen können, die Nothwendigkeit einer nuda traditio übrig geblieben sey? Er bemerkt dabei: ich gäbe in meiner Abhandlung auf diese Frage keine andere, als die Antwort: Hujus rei omnino nulla adfuisset ratio. Es ist wahr, ich habe diese Antwort gegeben, aber in einer Verbindung, in welcher sie einen guten Sinn hat. Freilich wenn man diese Worte aus ihrer Verbindung herausnimmt, dann kann die Antwort nicht anders, als unbefriedigend und schülerhaft erscheinen. Aber wenn man sie wieder in die Verbindung bringt, in welcher sie in meiner Abhandlung stehen, dann könnte sich vielleicht das Unbefriedigende dieser Antwort dahin wenden, daß es den Einwurf des Hrn. P. Z. widerlegte. Was ich nämlich in meiner Dissertation (p. 48 — 51. und 76 — 78.) sagte, ist Folgendes: Um dem fraglichen Einwurf zu begegnen, d. h. um zu erklären, wie es kömmt, daß bei der Bestimmung, durch welche naturale Handlungen, Servituten in bonis, errichtet werden sollten, der bloße Vertrag als allgemeine Erwerbungsform angenommen wurde, und nicht bei den servitutes praediorum rusticorum, die doch mancipirt werden konnten, die Tradition, muß man ausgehen von der Unterscheidung der Sachen in res mancipi und res nec mancipi. Für unsern Zweck interessirt uns nur der Grund und die juristische Bedeutung dieser Unterscheidung. Was zuerst den Grund derselben betrifft, so ist dieser kein anderer, als die Beziehung auf den Ackerbau. Sachen, die für den Ackerbau wichtig waren, das waren besonders ausgezeichnete Sachen, res mancipi, die andern res nec mancipi [55]. Die juristische

55) Es ist hier nicht der Ort, die Beweise für diese Behauptung vollständig zu liefern. Nur ein meines Wissens anderwärts noch nicht gebrauchter, soll hier angegeben werden. Dieser liegt in einer Stelle bei Gajus (II. 15.); da heißt es: Item... statim ut nata sunt mancipi esse putant; Nerva vero Proculus

Bedeutung dieser Unterscheidung war die, daß bei jenen die Erwerbungsformen anders bestimmt waren, als bei diesen. Res mancipi mußten mancipirt werden, res nec mancipi konnten auch tradirt werden. Diese Unterscheidung der Sachen in res mancipi und nec mancipi ist uralt. Erst nachdem sie sich gebildet hatte, bildete sich die Unterscheidung der Sachen in res corporales und res incorporales [56]), mit der juristischen Bedeutung, daß res incorporales sollten in jure cedirt werden müssen. Allein die Rechtswissenschaft, welche diese letzte Unterscheidung der Sachen einführte, hatte nicht mehr vollkommen freie Hand. Eine Art unkörperliche Sa-

et ceteri diversae scholae auctores non aliter ea mancipi esse putant, quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri mancipi esse... (Göschen ergänzt: cum ad eam aetatem pervenerint, cujus aetatis domari solent.) Die Stelle ist zwar lückenhaft, aber ihr Sinn läßt sich unzweifelhaft darstellen, und zwar dahin, daß unter den Schulen Streit war, ob die Quadrupedes mancipi, sogleich wenn sie zur Welt kämen, res mancipi seyen, oder erst dann, wenn sie gezähmt seyen. Nimmt man nicht an, daß die Beziehung auf den Ackerbau das charakteristische Merkmal der res mancipi gewesen sey, so läßt sich für diese Controverse gar kein Grund finden. Nimmt man aber dieses an, so erklärt sich Alles sehr leicht, und die Controverse hat eine gute Bedeutung; denn unter dieser Voraussetzung konnte man wohl fragen, was bei den Thieren, die zum Ackerbau bestimmt sind, das Entscheidende sey für ihre Eigenschaft als res mancipi, ob ihre Gattung ohne Rücksicht auf wirkliche Application, oder ihre Gattung mit dieser Rücksicht. Für beide Meinungen konnte man triftige Gründe vorbringen.

56) Die Zeit anzugeben, wann die Unterscheidung der Sachen in res mancipi und nec mancipi, in res corporales und incorporales aufgekommen sey, ist ein mißliches Geschäft. Uebrigens kömmt es hier darauf gar nicht an, sondern nur darauf, daß die Eintheilung der Sachen in res mancipi und nec mancipi überhaupt älter sey, als die in res corporales und incorpo-les, und dieses kann wohl mit Grund nicht bezweifelt werden.

chen — die servitutes praediorum rusticorum — war, gerade wegen ihrer Beziehung auf den Ackerbau, schon von der Nationalsitte zu res mancipi gestempelt worden. Diese servitutes praediorum rusticorum mußten daher auch nach Entstehung des Begriffs der unkörperlichen Sachen, wie vorher, mancipirt werden können. Hierin hatte nun die Jurisprudenz einer alten Nationalsitte nothgedrungen nachgegeben, und nichts war natürlicher, als daß sie in der Zeit, da eine neue Rechtsbildung (das in bonis) aufkam, welche die civile Eintheilung der Sachen in res mancipi und nec mancipi nicht kannte, ihre Ansicht über unkörperliche Sachen allgemein geltend machte. So erhob sie also den Vertrag, welcher aus der den unkörperlichen Sachen eigenen in jure Cessio entsprungen war, zur allgemeinen Errichtungsform der Servituten in bonis, und schloß die Tradition aus [57]), und dieß mit Recht, weil aller Grund, warum sie früher in Einem Falle eine Mancipation der Servituten hatte zulassen müssen, hinweggefallen und ein neuer für die Zulassung der Tradition durchaus nicht eingetreten war. — In dieser Verbindung habe ich von der Zulassung der Tradition bei der vertragsmäßigen Errichtung von servitutes praediorum rusticorum gesagt: hujus rei omnino nulla adfuisset ratio, und ich finde, daß so diese Worte eine befriedigende Antwort auf den Einwurf enthalten, den ich mir in meiner Abhandlung selbst gemacht habe, und den Hr. P. Z. wiederholt hat.

Ein fernerer Einwurf des Hrn. P. Zimmern ist folgender. Er sagt (S. 311.): Allgemein anerkannt sey die Analogie zwischen Eigenthum und Servituten. Es gäbe eine Vindicatio rei und juris; Besitz und possessorische Interdikte fänden sich bei den Servituten wie beim Eigenthum, auch

57) Dieß ist nun natürlich nicht so zu verstehen, als ob die Tradition für die Erwerbung des Rechts gar nicht hätte angewendet werden können, sondern nur so, daß sie nicht angewendet werden mußte.

die Usucapion sey früher beiden gemeinschaftlich gewesen, und noch sey es die Publiciana in rem actio. Da nun das Eigenthum niemals durch bloßen Vertrag erworben werde, so falle es aus der Analogie heraus, wenn Servituten durch bloßen Vertrag errichtet werden könnten. Diesen Einwurf voraussehend, habe ich mich, um denselben zu entkräften, in meiner Dissertation auf den Pfandvertrag berufen, der ja ohne Zweifel das dingliche Recht erzeugt. Gegen diese Berufung auf den Pfandvertrag erklärt sich Hr. P. Z. (S. 312 — 318.) sehr bestimmt. Er wendet ein, das Pfandrecht dürfe mit den Servituten durchaus nicht zusammengestellt werden; es sey nur ein prätorisches Recht, während die Servituten civilrechtlich seyen; eine Analogie von ihm hergeleitet, beweise zu viel, folglich Nichts, und am Ende geht er gar so weit, daß er behauptet, das Pfandrecht sey gar kein dingliches Recht, sondern blos das Recht zu seiner Sicherstellung oder Befriedigung in Bezug auf ein gewisses Object, die Klagen anzustellen, oder die Veräußerungen vorzunehmen, zu welchen unmittelbar nur der Schuldner berechtigt ist, von dem man diese Befugniß ableitet. Sey das Recht des Concedenten ein dingliches, so habe auch der Pfandgläubiger ein dingliches; wo nicht — nicht. Es ist hier nicht der Ort, über diesen Begriff des Pfandrechts zu streiten, und ob also, um die Behauptung zu rechtfertigen, daß der Vertrag das dingliche Recht der Servituten erzeuge, auf den Pfandvertrag verwiesen werden dürfe, oder nicht; um so viel weniger, als weder die eine noch die andere Ansicht die Frage, von der hier die Rede ist, entscheiden kann [58]. Lassen wir also die Berufung

---

58) Indessen möge doch hier die Bemerkung stehen: Wenn das Pfandrecht nur das Recht ist, die Klagen anzustellen, die dem Schuldner zustehen, und die dieser dem Gläubiger überträgt, wo kömmt denn die Vindication her, die der Pfandgläubiger selbst gegen den Eigenthümer des Pfandes hat? Niemand kann ja doch gegen sich selbst vindiciren, also auch keinem Dritten

auf den Pfandvertrag, und halten wir uns blos an den Einwurf: die Analogie zwischen Eigenthum und Servitut erlaube nicht, daß Servituten durch Vertrag errichtet werden könnten. Dieser Einwurf ist leicht zu beseitigen; es dürfen nur die Gränzen, in denen die Analogie als Beweismittel gebraucht werden kann, richtig gezogen werden, und er verschwindet. Alle Analogie kann aber nur so lange beweisen, als für das Gegentheil nicht hinreichende Gründe vorhanden sind. Sind diese da, so muß eine Behauptung selbst dann als wahr angenommen werden, wenn ihr auch die Analogie entgegenstehen sollte. Oder läßt etwa auch Hr. P. Z. die actio confessoria nur gegen den Besitzer zu? Die Analogie wenigstens forderte es.

Dieß Hängen an der Analogie des Eigenthums führt Herrn Prof. Zimmern zu einem vierten Einwurf. Er meint (S. 320.), die Requisite der Publiciana seyen doch beim Eigenthum geringer, als die der civilrechtlichen Vindication, wie sollte nun bei Servituten, umgekehrt, die erste Klage durch Tradition bedingt seyn, die letzte blos durch Vertrag? Derselbe Grund also, der dem dritten Einwurfe unterliegt, hat auch diesen vierten Einwurf hervorgerufen, und auf dieselbe Weise, wie jener, widerlegt sich auch dieser. Also auch zugegeben, daß bei dem Eigenthum der prätorische Schutz an geringere Bedingungen geknüpft sey, als die Vindication, so läßt sich doch bei hinreichenden Gründen für die Servituten das Gegentheil behaupten. Aber es läßt sich auch nicht einmal im Allgemeinen sagen, daß für das Eigenthum die Requisite der Publiciana geringer seyen, als die der rei Vindicatio. Von der einen Seite wird weniger zur Publiciana gefordert, nämlich nicht Eigenthum, oder wenig-

eine Vindication gegen sich übertragen; es sey denn, er constituire ihm ein selbstständiges dingliches Recht, wo aber auch nur sehr uneigentlich gesagt werden kann, man habe eine Vindication übertragen.

stens nicht Beweis desselben; von der andern aber auch wieder mehr, nämlich auf jeden Fall erworbener und wieder verlorner Besitz, weil die Publiciana nichts anderes ist, als eine fictio peractae usucapionis. Wird dieses auch für das Justinianeische Recht bestritten, so ist es doch für das ältere außer allem Zweifel, da die Mancipatio und in jure Cessio keine Tradition involviren, also wohl einer vindiciren konnte, ohne daß er zur Publiciana berechtigt gewesen wäre. So ist denn also auch nicht einmal die Analogie des Eigenthums gegen die Behauptung, daß das Recht der Servituten durch bloßen Vertrag erworben werde, der prätorische Schutz durch Publiciana aber erst durch die hinzukommende Tradition.

Einen fünften Einwurf endlich nimmt Hr. P. Zimmern von dem Ausdruck pactio *et* stipulatio her; allein dieser Einwurf findet besser seine Widerlegung unten, wo die Meinung des Hrn. P. Z. angegeben und beurtheilt wird.

Auf diese Weise glaube ich meine Ansicht gegen die vorgebrachten Einwürfe hinlänglich vertheidigt zu haben. Allein damit ist noch nicht Alles gethan. Hr. P. Zimmern versucht nämlich nicht blos umzustoßen, sondern er setzt meiner Ansicht auch eine andere entgegen, und so muß denn auch noch diese angegeben, geprüft und ihr Verhältniß zu der meinigen bestimmt werden. Die Ansicht des Hrn. P. Z. ist aber folgende:

Der Gegensatz, der bei dem Eigenthum bezeichnet wird mit ex jure Quiritium und in bonis, wird bei den Servituten bezeichnet mit dominium und possessio juris, oder mit jure constituta und tuitione Praetoris constituta servitus (S. 321.). Dieser Gegensatz hat folgende Geschichte: Es gab im alten Rechte Fälle, in welchen jure (nach strengem Civilrecht) eine Servitut zu errichten überhaupt möglich war, und in welchen nicht. Wo eine Servitut jure zu con-

stituiren überhaupt möglich war, da war die Mancipatio oder in jure Cessio die nothwendige Form der vertragsmäßigen Errichtung derselben, und der Gebrauch dieser Formen gab das dominium servitutis, die Servitut war jure constituirt. Wurde der Gebrauch dieser Formen versäumt, und zwar so, daß da, wo hätte mancipirt oder in jure cedirt werden sollen, blos tradirt wurde, so entstand nur die possessio servitutis. Die Servitut war tuitione Praetoris constituirt (S. 323.). — Anders in dem Falle, da eine Servitut jure zu constituiren gar nicht möglich war. Dieß war, um bei dem wichtigsten Beispiele stehen zu bleiben, bei dem praedium provinciale der Fall. Natürlich konnte hier die Mancipatio oder in jure Cessio nicht gebraucht werden. Aber noch mehr. Hier konnte überhaupt gar keine Servitut errichtet werden, weder jure noch tuitione Praetoris. Sollte am praedium provinciale eine der Servitut ähnliche Befugniß entstehen, so konnte dieß nur auf dem Wege einer Obligation bewirkt werden, und zwar war hier das gewöhnliche Verfahren dieses, daß man dem Vertrage (pactionibus) Handlungen auszuüben zu dürfen, die am praedium Italicum Servituten gewesen seyn würden, eine Pönal-Stipulation, überhaupt eine promissorische Caution (stipulationes) hinzufügte. So war es noch zu der Zeit, als Gajus seine Institutionen schrieb, und die Stelle bei Gajus (II. 31.) ... »in provincialibus praediis sive quis usumfructum, sive jus eundi ... constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest....« sagt nichts Anderes, als am fundus provincialis kann man Servituten gar nicht als dingliche Rechte, sondern nur als Obligationen constituiren (S. 324.) [59]. Dieser Rechtszustand bildete sich indessen weiter

59) Dieselbe Ansicht hat Du Roi in seinem Aufsatze: Einige Bemerkungen über die actio in rem etc. (Archiv f. d. civ. Prax. Bd. VI. Nro. XIV.) und Gans in seinen Scholien zum Gajus. S. 239. ff.

fort. Etwa sechzig Jahre nach der Abfassung der Institutionen des Gajus, zur Zeit Alexander Severs, hatte sich derselbe schon dahin geändert, daß auch da, wo jure eine Servitut zu errichten überhaupt nicht möglich war (z. B. am praedium provinciale), der prätorische Schutz der Servitut (die possessio servitutis) zugelassen wurde. Für diese Annahme bestimmt die L. 3. Cod. de Serv. et Aqua. (3. 34.) die oben schon angeführte Constitution Alexander Severs (S. 325). Mit dieser Aenderung im Rechte war aber zugleich eine Aenderung hinsichtlich der Erwerbungsformen verbunden. Früher war jedesmal die Traditio Bedingung für die Erwerbung der prätorischen Servitut. Nun aber wurde der pactio mit hinzugefügter stipulatio dieselbe Wirkung, wie der Traditio beigelegt, so daß nun jeder für die Erlangung der prätorischen Servitut die Wahl hatte, ob er auf den Vertrag, die Servitut zu errichten, die Tradition oder die Stipulation wollte folgen lassen. Eines war so gut wie das andere. Für diese Behauptung werden alle diejenigen Stellen gebraucht, in welchen der zusammengesetzte Ausdruck pactio *et* stipulatio vorkömmt, ferner die L. 20. de Serv., die L. 3. §. 2. de Act. E. V. u. s. w. Ganz besonders aber die L. 25. §. 7. de Usufructu. (*Ulpianus* Lib. 18. ad Sabinum), wo es heißt:

„Quod autem diximus ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens jure legati ususfructus sit constitutus an et si per traditionem, *vel* stipulationem vel alium quemcunque modum, videndum.“

In der späteren Zeit fiel die jure constituta servitus mit ihren Erwerbungsformen der Mancipatio und in jure Cessio hinweg, und es blieb nur die tuitione Praetoris constituta servitus (die nun aber zur jure constituta erhoben wurde) mit ihren beiden Errichtungsformen, entweder der zur pactio hinzukommenden Traditio oder Stipulatio. So findet sich das Rechtsinstitut noch im Justinianeischen

Rechte, und so erklären sich die scheinbar widersprechenden Stellen, die auf der einen Seite sagen, pactionibus et stipulationibus würden Servituten errichtet, und auf der andern Seite doch auch wieder die Tradition fordern [60]. Ueberall ist es daher nicht der Vertrag an und für sich allein, der die Servituten erzeugt.

Dieß ist, wenn ich sie anders recht verstanden habe, Zimmerns Ansicht. Sie soll nun einer Prüfung und Beurtheilung unterworfen werden.

Vor Allem muß ich Hrn. P. Z. eine Frage vorlegen: Glaubt er denn im Ernste, daß die zu einem Vertrag hinzukommende Stipulation die Vertragsnatnr der Handlung auflöse, und daß also, wenn durch sie die Servitut errich-

60) Dü Roi und Gans stimmen, wie bemerkt, in der Erklärung der Stelle bei Gajus (II. 31.) mit Zimmern überein; allein in der Benutzung dieser Stelle zur Erklärung des Justinianeischen Rechts weichen beide gar sehr von Zimmern ab. Dü Roi will noch im Justinianeischen Rechte die pactiones et stipulationes blos zur Erzeugung einer Obligation hinreichen lassen. Gans erkennt, daß der bloße Vertrag zur Erwerbung des dinglichen Rechts im Justinianeischen Rechte hinreiche, weil die Tradition für die Servituten unanwendbar sey, geräth darüber aber ordentlich in Verzweiflung. Somit ist das ganze Rechtsgebäude zerstört, ruft er in seinen Scholien zum Gajus S. 244. aus, der Nießbrauch (was aber von diesem gilt, gilt von allen Servituten, S. 246.) ist im Grunde im Justinianeischen Rechte gar kein jus in re mehr; denn die Erwerbungsart fehlt. Um consequent zu bleiben, müßte man keine actio confessoria, sondern nur eine actio locati, venditi, wie es der Contract mit sich bringt, zugelassen haben u. s. w. Wie aber doch in manchen Stellen des Justinianeischen Rechts für die Errichtung der Servituten eine Tradition erwähnt werden kann, darüber hat er eine ganz originelle Meinung, die der Seltenheit wegen nachgelesen zu werden verdient. (Scholien S. 245.)

tet würde, nicht ein Vertrag es sey, der das dingliche Recht erzeugt? Ich kann mich unmöglich davon überzeugen, und eben so wenig davon, daß in dieser Behauptung irgend Jemand Hrn. P. Z. beistimmen werde. Darum ergibt sich aus der Darstellung seiner Ansicht von selbst Folgendes: In der Hauptsache, daß nämlich im Justinianeischen Rechte Servituten als dingliche Rechte durch bloßen Vertrag errichtet werden können, stimmt Zimmerns Ansicht mit der von mir vertheidigten überein [61]); sie weicht nur ab in der civilrechtlichen Begründung dieser Theorie. Diese Abweichung führt aber zu der ferneren Meinungs-Verschiedenheit: Nach meiner Ansicht ist der Vertrag die regelmäßige Errichtungs-Art der Servituten, die Tradition kömmt nur hinzu, um die Publiciana gebrauchen zu können; nach Zimmerns Ansicht ist die auf den Vertrag folgende Tradition die Regel; ausnahmsweise kann statt der Tradition die Stipulation gebraucht werden. Ich fordere ferner zur Errichtung der Servituten nur Einen Vertrag, Hr. P. Z. zwei, wo denn die auf die pactio folgende Stipulatio ein Aequivalent der Tradition ist. — Ob nun Zimmerns Ansicht über den civilistischen Zusammenhang unserer Lehre, und die mit ihr verbundenen Abweichungen, gerechtfertigt werden könne, darauf beschränkt sich also unsere fernere Untersuchung. — Bei dieser ist vor Allem zu bemerken, daß doch auch in der civilrechtlichen Begründung unserer Lehre manche Uebereinstimmung der Ansichten Statt findet. Um recht sicher zu Werke zu gehen, sollen vor Allem diese unbestrittenen Punkte angegeben werden. — Daß früher neben dem Eigenthum ex jure Quiritium kein dingliches Recht vorhanden war, sondern wo dieses nicht möglich war, Rechte, wie sie im Eigenthum enthalten sind, nur obligato-

61) Alle Gründe daher, die Hr. P. Z. aus der Analogie des Eigenthums gegen meine Behauptung vorgebracht hat, sind entweder keine Gründe, oder sie gelten in gleichem Maße gegen ihn.

risch gegeben werden konnten, also auch Servituten, wenn sie nicht jure constituirt werden konnten, nur als obligatorische Verhältnisse bestehen konnten, darin sind wir einig. Auch darin stimmen wir überein, daß die Art und Weise, wie diese Obligationen begründet wurden, in der Regel Vertrag und hinzukommende Stipulation war. Auch darin treffen unsere Ansichten zusammen, daß später, wenigstens schon zu Gajus Zeit, beim Eigenthum neben dem ex jure Quiritium das in bonis als dingliches Recht anerkannt war. Aber nun gehen sie auseinander, und zwar in doppelter Rücksicht: Ich sage, so wie das Ganze des in bonis (das Eigenthum) von der bloßen Obligation zum dinglichen Rechte erhoben wurde, so geschah es auch mit den Servituten; früher blos Obligationen wurden sie jetzt jura in re, und standen als servitutes in bonis neben den Servituten ex jure Quiritium. Errichtet wurden sie durch Vertrag. Zimmern läßt nun zwar auch die blos obligatorische Servitut neben dem ex jure Quiritium sich zu einem dinglichen Rechte erheben, aber nicht zu einem in bonis, das nach seiner Ansicht niemals bei Servituten Statt fand, sondern blos zu einem prätorisch geschützten Rechte (possessio servitutis), bedingt durch Tradition, und diesen prätorischen Schutz gestattet er wenigstens in der früheren Zeit auch wieder nicht überall, wo beim Eigenthum ein in bonis möglich war, sondern nur da, wo an und für sich die Servitut nach Civilrecht hätte errichtet werden können, aber in der Form der Errichtung etwas verfehlt, d. h. statt der Mancipatio oder in jure Cessio nur die Traditio gebraucht war. In allen andern Fällen, also bei einer des ex jure Quiritium unfähigen Sache oder Person, blieb es bei dem früheren Recht, die Servitut konnte blos obligatorisch gegeben werden. Indessen auch angenommen einmal, daß es niemals Servituten in bonis gegeben habe, ist doch schwer einzusehen, warum bei der Erwerbung von Servituten die Unfähigkeit einer Sache oder Person im ex jure Quiritium

zu stehen eine andere Wirkung haben soll, als die mangelnde Form der Erwerbung bei einer des quiritarischen Rechts fähigen Sache und Person. In beiden Fällen entstehet beim Eigenthum unzweifelhaft in bonis. Was wäre natürlicher als selbst dann, wenn man auch keine servitus in bonis zuläßt, sondern nur einen prätorischen Schutz, zu sagen, in beiden Fällen trete, wie für das Eigenthum das in bonis, so für die Servituten der prätorische Schutz ein? Aber nein; bei den Servituten soll dort (bei unfähiger Person oder Sache), wenigstens in der früheren Zeit, blos eine Obligation und nur hier (bei mangelnder Erwerbungsform) eine tuitione Praetoris constituta servitus entstehen. Indessen auch dieses einstweilen zugegeben, was ist damit gewonnen? Daß später um nicht hinsichtlich der Zeit Widerspruch zu erfahren, sage ich, wenigstens zu Alexander Severs Zeit der prätorische Schutz der Servituten, den Hr. P. Z. annimmt, auch an einer Sache, die nicht im ex jure Quiritium stehen konnte, z. B. am praedium provinciale zulässig war, wird von Hrn. P. Z. ausdrücklich zugegeben (S. 326). Nun haben wir also überall, wo ich ein in bonis der Servituten annehme, errichtet durch Vertrag, nach Zimmerns Ansicht die possessio servitutis bedingt durch Traditio. Da es nun bei unserer Frage, warum im Justinianeischen Rechte Servituten durch Vertrag errichtet werden können, nur darauf ankömmt, daß neben der Servitut nach strengem Civilrecht noch eine zweite Form der Servitut als dingliches Recht sich gefunden habe, nicht aber darauf, ob dieses dingliche Recht ein in bonis zu nennen sey, oder aber ein prätorischer Schutz; da ferner auch nichts darauf ankömmt, ob schon zu Gajus Zeit dieses dingliche Recht vorhanden gewesen sey, oder erst sechzig Jahre später*, so können wir diese Fragen, als nicht zur Hauptsache gehörig, füglich auf sich beruhen lassen. Wo kömmt nun aber die pactio und stipulatio als Errichtungsform der Servituten im Justinianeischen Rechte her? Ich finde sie für meine Servituten in

bonis, in dem naturalen Bestandtheil der Form, durch welche Servitutes ex jure Quiritium errichtet wurden, d. i. der in jure Cessio. Hr. P. Z. aber sagt: als der prätorische Schutz in seiner Anwendung erweitert wurde, da fand auch eine Erweiterung seiner Erwerbungsformen Statt. Wo früher nur eine Obligation zu erhalten war durch pactio und stipulatio, da war nun unter derselben Bedingung der prätorische Schutz zu erhalten. Wie indessen diese Behauptung gerechtfertigt werden könne, ist schwer zu sagen. Nach dieser Ansicht wäre, wie schon früher bemerkt, die Tradition die regelmäßige Erwerbungsart der Servituten, die pactio *et* stipulatio wäre zu jener als Surrogat hinzugekommen. Darnach sollte man erwarten, daß die Stellen des Justinianeischen Rechts, welche von der Errichtung der Servituten durch Vertrag sprechen, vorzügliches Gewicht auf die Tradition legen, und der Stipulation nur nebenbei erwähnen würden. Aber gerade das Gegentheil findet sich. Ja, in denjenigen Stellen, welche recht ex professo von der Sache reden [62], wird der Tradition nicht einmal gedacht, und wo ihrer gedacht wird, da wird sie nur so nebenbei erwähnt. Ich will indessen hierauf kein Gewicht legen. — Daß für die Entstehung der Servituten als Obligationen die bloße pactio hinreichte, und die Stipulation nicht nothwendig gefordert wurde, sondern nur der größeren Sicherheit wegen hinzukam, ist außer allem Zweifel. Wenn nun die Formen, durch welche Servituten als Obligationen errichtet wurden, zu Errichtungsweisen des dinglichen Rechts der Servituten wurden, warum sollte dasjenige, was bei der Obligation nur willkührlich hinzukam, für die Erwerbung des dinglichen Rechts nothwendig geworden seyn? Wäre es da nicht viel natürlicher zu sagen, die bloße pactio reicht wie zur Entstehung der Obligation, so auch zur Entstehung des dinglichen Rechts hin, es kann aber auch die

62) §. 4. J. de serv. praed. — §. 1. J. de usufr. — L. 3. pr. Eod.

Stipulation hinzukommen? Allein wenn nun auch der Prätor dieses für zu gefährlich gehalten haben sollte, wenn er die Entstehung des dinglichen Rechts an schwerere Bedingungen knüpfen wollte, als die der Obligation, wie sollte er auf die Nothwendigkeit einer hinzukommenden Stipulation verfallen seyn? Die ursprüngliche Bedingung des prätorischen Schutzes der Servituten war, nach Zimmerns Ansicht, Tradition da, wo hätte mancipirt oder in jure cedirt werden sollen. Sollte man nicht glauben, als später auch da, wo die Mancipatio und in jure Cessio anzuwenden nicht möglich war, der prätorische Schutz zugelassen wurde, sey auch hier die Tradition gefordert worden? — Nehmen wir aber auch das Gegentheil an. Lassen wir die Stipulation ein Aequivalent der Tradition seyn. Wie verträgt sich diese Annahme mit der von Hrn. P. Z. so strenge geforderten Analogie zwischen Eigenthum und Servitut? Findet sich etwa bei dem Eigenthum ein Fall, wo die auf die pactio folgende Stipulatio ein Aequivalent der Tradition wäre? Oder soll etwa dieß eine Eigenthümlichkeit der Servituten seyn, durch welche in Beziehung auf die Nothwendigkeit einer Tradition die Analogie zwischen Eigenthum und Servitut hergestellt werden will? Wo soll aber in diesem Falle die zur pactio hinzukommende Stipulation die Wirkung hernehmen, daß sie der Tradition gleich sey? Die Antwort auf diese Frage ist Hr. P. Z. schuldig geblieben, und so lange er diese nicht auf eine befriedigende Art gegeben hat, wird es bei der Behauptung bleiben, daß eine zur pactio hinzukommende Stipulatio die Vertragsnatur der Handlung nicht aufhebt, und daß daher eine durch pactio et stipulatio errichtete Servitut immer eine durch bloßen Vertrag errichtete ist. — Und nun endlich frage ich noch: Was in aller Welt berechtiget denn den Hrn. P. Z. einen Ausdruck, der in einigen Stellen vorkömmt, wenn diese auch gleich besonders wichtig sind, dahin zu deuten, daß er ein allgemeines Requisit bezeichne? Nach demjenigen, was bisher bemerkt

worden ist, wäre diese Interpretation selbst dann noch gefährlich und zweifelhaft, wenn auch die Stellen, in denen der Ausdruck pactio *et* stipulatio vorkömmt, die einzigen wären, die von der Errichtungsform der Servituten durch Vertrag sprechen. Allein es finden sich ja noch so viele andere Stellen, die entweder der Stipulatio allein, oder der pactio allein erwähnen [63]; haben denn diese gar keine Bedeutung? Oder soll etwa eine Stipulation auch ohne vorausgehendes Pactum hinreichen, um das dingliche Recht zu erzeugen? Wie verträgt sich dieß aber mit der Behauptung, daß es niemals der Vertrag an und für sich sey, der das dingliche Recht erzeugte! Soll aber auch zur Stipulation ohne vorhergegangenes Pactum noch die Tradition hinzukommen müssen, wie kann denn von der Stipulation gesagt werden, daß sie ein Aequivalent der Tradition sey? Indessen aller dieser Bedenken ungeachtet, auch dieses einstweilen angenommen, daß die promissorische Caution ein Aequivalent der Tradition geworden sey, was folgt daraus? Wie weit soll die Gleichstellung der Stipulation und Tradition gehen? Soll die zur pactio hinzukommende Stipulatio sogar zum prätorischen Schutz durch die Publiciana hinreichen, oder nur zur possessio servitutis, und soll, um die Publiciana gebrauchen zu können, in jedem Falle, also auch dann, wenn dem Vertrage die Stipulation gefolgt ist, noch die Tradition hinzukommen müssen? Natürlich kann Hr. P. Z. nicht das Erste behaupten. Er fordert für die Publiciana in **jedem** Falle die Tradition (S. 312.) und die Folge davon ist, daß er mit mir auf gleicher Stufe stehet, und behauptet, was ich

---

63) L. 25. §. 7. de usufr. — L. 27. §. 4. L. 37. Eod. — L. 4. C. Eod. — L. 11. de servit. — L. 14. pr. C. Eod. — L. 19. de S. P. R. — L. 11. pr Quemadm. serv. amitt. — L. 5. de usu et usufr. leg. — L. 12. de Pign. — L. 17. de stip. serv. und die unendlich vielen Stellen in dem Titulus Dig. de Verb. Obl.

behaupte: Um das Recht zu erwerben, genügt Vertrag; soll auch noch die Publiciana gebraucht werden können, so muß die Tradition hinzukommen. Unter diesen Umständen hätte er mir doch nicht den Vorwurf machen sollen, daß ich gegen alle Regeln den prätorischen Schutz an schwerere Bedingungen knüpfte, als den civilrechtlichen, so daß man versucht würde, mit Julian [64]) zu sagen: Est absurdum plus juris habere eos qui possessionem duntaxat, ususfructus non etiam dominium adepti sunt. Was mehr absurd ist, zu sagen, die Publiciana werde, ohne Rücksicht, wodurch das Recht erworben werde, jedesmal nur durch Tradition erworben, oder zu sagen: diese Behauptung sey absurd, und sie nachher doch selbst zu machen, das überlasse ist der Beurtheilung eines Jeden.

Nach diesen Erörterungen wird es leicht, auch den letzten Einwurf des Hrn. P. Z., der oben übergangen wurde, zu widerlegen. Er leitet diesen her von dem Ausdrucke pactio *et* stipulatio, und sagt (S. 327.): Dieser zusammengesetzte Ausdruck hätte schon darauf aufmerksam machen müssen, daß eine andere Beziehung im Hintergrunde liege, nämlich nach Zimmerns Ansicht die, daß die zur pactio hinzukommende Stipulatio der Tradition gleich sey. Als Einwendung gegen meine Ansicht hat der zusammengesetzte Ausdruck pactio *et* stipulatio gar keine Bedeutung; denn einmal wäre es, wenn auch pactio *et* stipulatio zur Erwerbung des dinglichen Rechts in jedem Falle (die Tradition ausgenommen) gefordert würde, doch der Vertrag, der das dingliche Recht erzeugt, und dann finden sich ja eben so viele Stellen, welche der Stipulatio oder pactio allein gedenken. Da indessen, was nicht geläugnet werden kann, gerade in den wichtigsten Stellen der zusammengesetzte Ausdruck pactio *et* stipulatio vorkömmt, so konnte man wohl eine Erklärung dieses Ausdrucks verlangen. Eine solche habe ich denn auch in

64) L. 3. si usus fr. pet.

meiner Dissertation (p. 78.) und zwar dahin gegeben, daß ich sagte: Die beiden Ausdrücke kämen deswegen nebeneinander vor, weil das Eine so gut sey, wie das Andere. Diese Erklärung, wahr an sich, konnte doch nicht leicht genügen, und daher wendet mir Hr. P. Z. (S. 328.) mit Recht ein: Niemand zweifle ja, daß durch Stipulation dasselbe geschehen könne, wozu ein Pactum hinreicht; wozu die ausdrückliche Erwähnung der Stipulation neben dem Pactum? — Man könnte zur Beantwortung dieser Frage anführen: Was bei der Stipulation überhaupt das Wesentliche ist, daß nämlich durch sie der ernstlich gemeinte Wille der Contrahenten deutlicher ausgesprochen wird, das macht sie auch bei der Errichtung von Servituten wünschenswerth. Man könnte ferner sagen: Es wird mit der Servitut oftmals eine Obligation übernommen, z. B. beim Usufructus; zur größern Sicherheit der Erfüllung dieser Obligation kömmt die Stipulation hinzu [65]. Auch dieses ließ sich noch anführen: Servituten entstehen als dingliche Rechte erst dann, wenn die Bedingungen ihrer Ausübung herbeigeführt sind [66]; bis dieses geschehen, ist bloß eine obligatio constituendae servitutis vorhanden (woraus sich denn, beiläufig gesagt, erklärt, wie der Vertrag eine Servitut zu constituiren und die wirkliche Errichtung der Servitut als zwei der Zeit nach getrennte Handlungen vorkommen können [67]). In der Herbeischaffung

---

65) L. 1. pr. und §. 1. Usufr. quemadm. cav.... Aequissimum visum est... cavere et usurum se boni viri arbitratu, et ... restiturum quod inde exstabit. § 1. Haec stipulatio, sive mobilis res sit, sive soli, interponi debet. — L. 5. de Usufr.

66) L. un. §. 2. Quando dies ususfr. leg. ced.... Tunc enim constituitur ususfructus, cum quis jam frui potest. Vgl. Fragm. vat. §. 60. — L. 1. §. 1. si ususfr. pet. — L. 10. de serv. — L. 19. pr. Quemadm. serv. amitt.

67) L. 136. §. 1. de Verb. Obl. — Si qui viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea fundum.... *ante con-*

dieser Bedingungen kann nun der Promittent saumselig seyn, und um gegen ihn eine klagbare Obligation zu haben, dazu kömmt die Stipulation hinzu. Indessen der Hauptpunkt zur Erklärung des zusammengesetzten Ausdrucks pactio *et* stipulatio scheint mir folgender zu seyn. In der Zeit, da an einer Sache in bonis nur auf dem Wege der Obligation Servituten ähnliche Befugnisse errichtet werden konnten, da mochte es sehr rathsam seyn, und darum häufig geschehen, daß dem Vertrage, eine solche Befugniß zu geben, welche an dem ex jure Quiritium eine Servitut gewesen seyn würde, eine Stipulation hinzugefügt würde, um in der Obligation mehr gesichert zu seyn. So bildete sich durch die Häufigkeit des Falles der Ausdruck pactio et stipulatio für die Errichtung dieser Obligationen [68]). Als das in bonis und die Servituten an ihm dingliches Recht wurden (oder mit Hrn. P. Zimmern zu reden, als die servitutis possessio eintrat) war eine zum Vertrage hinzukommende Stipulation eigentlich nicht mehr nothwendig, denn nun hatte ja der Berechtigte auf jeden Fall die dingliche Klage der confessoria. Indessen kam die Stipulation der größeren Sicherheit wegen doch noch hinzu, und so konnte sich der alte, gleichsam technisch gewordene Ausdruck pactio et stipulatio für die Errichtung der Servituten als dinglicher Rechte erhalten. Die Art und Weise aber, wie nun die Stipulation zum Servitutenvertrage hinzukam, war die, daß derjenige, welcher eine Servitut durch Vertrag constituirt erhielt, sich von dem Constituenten in einer besondern Stipulation Sicherheit lei-

---

stitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio. — L. 37. de Usufructu. — L. 6. §. 3. Comm. praed. V.... Si quis in tradendo dixerit, fundum Titio servire, cum ei non serviret, esset autem obligatus venditor Titio ad servitutem praestandam.... — L. 19. pr. Quemadm. serv. amitt. — Vergl. auch meine Dissertation §. 7. (p. 110. ff.)

68) Dieß ist oben schon bemerkt worden.

sten ließ, daß ihm bei der Ausübung der Servitut nichts in den Weg gestellt werden würde (non fieri, quominus eo jure uti possit). Die Folge davon war die, daß neben dem dinglichen Rechte der Servitut eine Obligation entstand, vermöge welcher der Berechtigte entweder eine poena conventionalis fordern konnte (denn diese wurde wohl gewöhnlich verabredet) oder den Inhalt der Servitut selbst, z. B. das Recht, über das Grundstück des Andern zu gehen, zu fahren, Wasser zu leiten u. s. w. Deducere servitutem in stipulationem oder obligationem ist die technische Bezeichnung für dieses Verfahren [69]), und wie gewöhnlich dasselbe gewesen ist, das zeigt nicht blos der in den für die Lehre von der Errichtung der Servituten durch Vertrag wichtigsten Stellen vorkommende Ausdruck pactio et stipulatio, sondern es zeigen dieses auch die unzähligen Stellen des Justinianeischen Rechts, in welchen dieses Verfahrens gedacht wird [70]). Um also neben dem dinglichen Rechte der Servitut eine Obligation zu erhalten, dazu kam die Stipulatio zur pactio hinzu, nicht, wie Hr. P. Zimmern sagt, um durch sie erst das dingliche Recht zu erwerben [71]); dieses entstehet, wie be-

69) L. 17. de Serv. Viae, itineris, actus, aquaeductus pars in obligationem deduci non potest.... — L. 56. §. 6. de V. O. Qui proprietatem sine usufructu habet, recte usumfructum dari sibi stipulatur; id enim in obligationem deducit, quod non habet, sed habere potest. — L. 16. C. de Usufructu. (*Justinianus.*) Corruptionem ususfructus multiplicem esse veteribus placuit.... sed de usufructu hoc indubitatum fuerat, de personali autem actione, quae super usufructu nascitur, *sive in stipulationem ususfructus deductus sit*, sive ex testamento relictus, dubitabatur.

70) L. ult. de Serv. — L. 3. §. 2. de Act. E. V. — L. 4. Comm. praed. — L. 36. de S. P. U. — L. 2. §. 5. — L. 4. §. 1. — L. 38. §. 6. — L. 49. §. 1. 2. — L. 75. §. 7. — L. 85. §. 3. — L. 131. pr. de V. O. — u. s. w.

71) Soll dieses noch besonders bewiesen werden? Folgt dieß nicht

wiesen worden ist, durch den bloßen Vertrag. — Der Gründe aber, die die Hinzufügung einer solchen Stipulation vortheilhaft machten, sind mehrere. Erstens: Gegen mögliche Störungen von Seiten des Constituenten oder seiner Erben konnte sich der Servitut-Berechtigte leichter durch eine actio ex stipulatu schützen, als durch die actio confessoria, die ihm aber neben der actio ex stipulatu natürlich auch noch zustand. — Zweitens: Servituten konnten als dingliche Rechte sehr leicht verloren gehen [72]. Um sich gegen diesen aus der Natur der Servituten entspringenden Nachtheil zu sichern, war die Hinzufügung einer Stipulation bei Errichtung der Servitut das beste Mittel; denn die aus der Sti-

daraus, daß der bloße Vertrag das dingliche Recht gibt? Zeigt dieß nicht der Ausdruck: deducere servitutem in stipulationem? Sagt dieß nicht die L. 16. C. de usufructu? (S. Note 69.) Doch will ich noch eine Stelle anführen, durch welche dieß über allen Zweifel erhoben wird. Sie ist die L. 36. de S. P. U. (*Paulus.*) Cum fundo, quem ex duobus retinuit venditor, aquae ducendae servitus imposita sit, empto praedio quaesita servitus distractum denuo praedium sequitur. Nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad personam emtoris, si ei forte frui non licuisset, relata est. — Also durch Vertrag entstehet die Servitut; sie gehet ihrer Natur nach auf jeden Eigenthümer des herrschenden Grundstücks über; durch die Stipulatio entstehet eine Obligation, und diese folgt ganz getrennt vom dinglichen Recht ihrer eigenen Natur. Auch die Stellen, welche von dem ususfructus und von der actio de usufructu sprechen als zwei verschiedenen Rechten, gehören hieher. Die actio de usufructu ist die persönliche Klage aus der Obligation; der ususfructus das dingliche Recht. Cf. L. 1. pr. Quib. m. ususfr. amitt. — Fragm. Vat. §. 61. — L. 16. C. de usufr.

72) Durch non usus, durch capitis diminutio, durch Aenderung der dienenden Sache, durch partielle Veräußerung u. dgl. m. besonders häufig waren diese Fälle im alten Rechte. Cf. Fragm. Vat. de Usufructu. Tit. Dig. Q. mod. ususfr. amitt. — Quemadm. serv. amitt.

pulation entstehende Obligation blieb in manchen Fällen von selbst bestehen, wenn auch das dingliche Recht der Servitut verloren ging [73]. Wo aber auch die Fortdauer dieser Obligation nicht von selbst eintrat (im Justinianeischen Rechte war dieß wohl allgemein der Fall [74]), da konnten ohne Zweifel die Contrahenten durch willkührliche Bestimmung die Fortdauer herbeiführen; konnten sie ja doch auf jeden Fall der durch Stipulation beigefügten Obligation den Inhalt geben, daß wenn die Servitut untergehen sollte, sie als dingliches Recht neu constituirt werden müsse [75]. — Drittens endlich: In vielen Fällen konnte gar keine Servitut als dingliches Recht entstehen, die subtile Ausbildung der Lehre von den Servituten stand entgegen, und doch war es wünschenswerth, Servituten constituiren zu können. Hatte hier nun nicht der Prätor durch Gestattung einer utilis actio geholfen, so blieb nichts anders übrig, als durch pactio et stipulatio obligatorisch zu geben, was man dinglich gar nicht haben konnte, und hier erschienen also die pactiones et stipulationes in ihrer ursprünglichen Bedeutung, wie beim provinciale praedium [76]. — Alles dieses

73) Fragm. Vat. §. 46. — L. 16. C. de Usufructu. — L. 1. pr. Q. m. ususfr. amitt. — Fragm. Vat. §. 61.

74) L. 16. C. de Usufr.

75) L. 3. Quib. mod. ususfr. amitt. — Selbst nach gesetzlicher Vorschrift trat diese Verbindlichkeit oftmals ein. — L. 18. de servit. — L. 34. 35. de serv. praed. rust.

76) L. 33. §. 1. de S. P. R. Per plurium praedia aquam ducis, quoquo modo imposita servitute. Nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis, nec alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsi sibi servire, neque servitutis servitus constitui potest. (So muß wohl gelesen werden, und nicht servitutis fructus.) Also dinglich kann man hier kein Recht geben, wohl aber obligatorisch.

berechtigt zu der Annahme, daß auch da noch, als der bloße Vertrag das dingliche Recht der Servitut gab, zum Vertrage in der Regel noch eine Stipulation hinzugefügt wurde, zu dem einen oder dem andern Zweck. — So erklärt sich, wie auch noch im Justinianeischen Rechte als Errichtungsform der Servituten die zusammengesetzte Handlung der pactio et stipulatio vorkommen kann, und so beantwortet sich auch die Frage, die, wie anderwärts, von einem sehr verehrten Manne unseres Faches gestellt wurde [77]), warum, wenn man als Errichtungsform der Servituten die in der in jure Cessio enthaltene naturale Handlung habe nehmen wollen, die Stipulation, die doch rein-civilrechtlich sey, mit aufgenommen worden wäre. Für die Erwerbung des dinglichen Rechts ist sie nicht mit aufgenommen worden; nur um obligatorisch geschützt zu seyn, ward sie nothwendig.

Am Schlusse dieser Abhandlung mag es nun nicht unpassend seyn, auch diejenigen Punkte, die zunächst zu unserer Frage nicht gehören, und darum oben übergangen worden sind, so viel als möglich ins Reine zu bringen, nämlich die Behauptung Zimmerns: Gajus spreche in der Stelle II. 31. gar nicht von dinglichen Rechten, und von jura in bonis nun einmal gar nicht; denn diese habe es niemals gegeben. — Warum ich in den jura am provinciale praedium (Gaius II. 31.) dingliche Rechte finde, habe ich oben angegeben. Ich will hier nur noch in der Kürze angeben, warum ich keine Obligationen in ihnen finden kann. Daß Gajus in der fraglichen Stelle von den Servituten am *Italicum* praedium als dinglichen Rechten rede, ist kein Zweifel. Nun fährt er fort: Wenn einer similia jura (also solche, wie am Italicum praedium) am provinciale praedium errichten will, so kann er id efficere (also diese similia jura hervorrufen) durch pactio et stipulatio [78]). Ist

77) Von Herrn Obertribunalrath Schrader in Tübingen.

78) Es verstehet sich von selbst, daß dieses „Similia" nicht auf das

es nun bei dieser Zusammenstellung der jura in Italico und in provinciali praedio denkbar, daß Gajus von jenen als dinglichen Rechten, von diesen aber als Obligationen gesprochen habe? Ist es möglich, daß er bei dieser Zusammenstellung, durch welche der Gedanke, daß dasjenige, was in Einem Falle Statt finde, auch in dem andern eintrete, so nahe gelegt ist, ist es, sage ich, möglich, daß er da, wenn er das Gegentheil bezeichnen wollte, den für die Errichtung der Servituten als dinglicher Rechte technischen Ausdruck jura constituere gebrauchte? Ist es möglich, daß er da, wo er sagen wollte, am provinciale praedium kann kein dingliches Recht der Servitut errichtet werden, sagte: Si quis in provincialibus praediis jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus *id efficere potest*? Hätte er nicht viel mehr sagen müssen: id efficere non potest; und dann hinzufügen: aber dadurch kann er sich helfen, daß er die Servitut in obligationem deducirt? Ferner: Offenbar will Gajus in der fraglichen Stelle einen Gegensatz machen zwischen dem Italicum praedium und dem provinciale. Nimmt man nun an, daß er von den Servituten am provinciale praedium als dinglichen Rechten spreche, so ist ein entschiedener Gegensatz vorhanden. Er sagt dann: Dort werden Servituten ex jure Quiritium constituirt, hier in bonis. Nimmt man dagegen an, daß er von den Servituten am provinciale praedium nur als Obligationen spreche, so ist gar kein Gegensatz vorhanden; und dieß um deswillen, weil er sagt: id efficere *potest*. Konnte man ja doch ohne allen Zweifel auch am Italicum praedium, wenn man wollte eine Servitut in eine Obligation auflösen; wie

---

ex jure Quiritium gebt. Daß dieses am fundum provinciale nicht Statt finden konnte, und durch pactio et stipulatio nicht erworben werden konnte, wußte jeder, und ein Mißverständniß war also hier nicht möglich. Es gebet das „Similia" nur auf den Charakter des Rechts, als eines dinglichen.

sollte dieß als Unterscheidung des provinciale praedium von dem Italicum angeführt werden, daß man an ihm Servituten obligatorisch errichten könne. Hätte unter dieser Voraussetzung ein Gegensatz bezeichnet werden sollen, so hätte doch wenigstens gesagt werden müssen: am provinciale praedium müssen die Servituten als Obligationen errichtet werden. — Diesemnach ist es nicht wohl möglich zu sagen, daß die Stelle bei Gajus von Obligationen zu verstehen sey Hr. P. Zimmern wird nun aber einwenden: Auch angenommen einstweilen, daß die jura, von denen Gajus spricht, dingliche Rechte seyen, so sind es doch keine jura in bonis, sondern nur prätorisch geschützte. Allein wenn Zimmern behauptet, daß es niemals Servituten in bonis gegeben habe, sondern nur einen prätorischen Schutz derselben, der im Justinianeischen Rechte zur jure constituta servitus erhoben ist, so fragt sich: Was ist denn dieses für ein prätorischer Schutz? Der Schutz durch Publiciana kann es nicht seyn; denn der findet sich ja im Justinianeischen Rechte noch als ein besonderes Institut neben der jure constituta servitus. Eben so wenig der Schutz durch actio utilis; denn dieser bestehet ja auch noch im Justinianeischen Recht. So würde, nach Zimmerns Ansicht, die jure constituta servitus des Justinianeischen Rechts ohne alle civilistische Grundlage dastehen. Da sie aber eine solche doch hat und haben muß, so ist es wohl das natürlichste, dieselbe in einem Institut des jus gentium (in dem in bonis) zu finden, für welches auch außerdem so sprechende Beweise vorhanden sind. Es ist also bei den Servituten, wie bei dem Eigenthum: das ex jure Quiritium fiel weg, das in bonis blieb; zum jus erhoben und neben ihm her gehet der prätorische Schutz durch utilis actio und Publiciana.